DIE NOTWEHR

speziell nach thurgauischem Recht und schweizerischem Strafgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors juris utriusque der hohen juristischen Fakultät der

UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

Otto Streckeisen

von Berg (Thurgau)

1939

BUCHDRUCKEREI HANS BRUGGER, ZÜRICH

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547622_0023

DIE NOTWEHR

speziell nach thurgauischem Recht und schweizerischem Strafgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors juris utriusque der hohen juristischen Fakultät der

UNIVERSITÄT BERN

vorgelegt von

Otto Streckeisen

von Berg (Thurgau)

Die Fakultät hat diese Arbeit am 2. März 1939 auf Antrag von Prof. Dr. Thormann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

1939

BUCHDRUCKEREI HANS BRUGGER, ZÜRICH

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhaltsübersicht

§ 1 Das Thema.
§ 2 Der Begriff der Notwehr und ihre Stellung in der Rechtsordnung.

I. Teil

§ 3 Materielle Voraussetzungen des Notwehrrechts, insbesondere nach thurg. Str. G. und E.ST.G.B.
1. Der gegenwärtige Angriff.
a) Der bereits begonnene Angriff.
b) Der unmittelbar drohende Angriff.
2. Der „gewalttätige" Angriff des § 26 thurg. Str.G.
3. Der rechtswidrige Angriff.
a) Die wehrfähigen Rechtsgüter im Allgemeinen.
b) Die wehrhaften Güter des thurg. Str.G.
§ 4 Besondere Voraussetzungen.
1. Die Provokation des Angriffs.
2. Die Subsidiarität der Notwehr.
3. Die Proportionalität zwischen Angriff und Verteidigung.

II. Teil

Das Notwehrrecht und seine Grenzen.

§ 5 Das Wehrrecht des Einzelnen.
1. Wesen und Zweck.
2. Die Legitimation zur Notwehr.
a) Kinder gegenüber ihren Eltern als Angreifer.
b) Notwehr gegen militärische Vorgesetzte und Untergebene.
c) Notwehr gegen Unzurechnungsfähige.
3. Die Nothilfe.
§ 6 Die speziellen Beschränkungen des Notwehrrechts nach § 26 und 28 thurg. Str.G. und Art. 33 E.St.G.B.
1. „Grenzen der Verteidigung" und Proportionalität.
a) Angriff auf das Hausrecht (i. thurg. R.).
b) Die Proportionalität des E.ST.G.B.
2. Die Anzeigepflicht des § 28 thurg. St.G.

III. Teil

Notwehrähnliche und notwehrüberschreitende Handlungen.

§ 7 Nach der subjektiven Einstellung des Täters.
1. Der Abwehrwille des Notwehrers und Nothelfers.
2. Der Notwehr-Prätext.
3. Der Notwehr-Exzess.
a) Allgemeines.
b) Nach § 27 thurg. Str.G.
c) Nach dem E.ST.G.B.
aa) „Aufregung" oder „Bestürzung".
bb) „Entschuldbarkeit" des Affekts.
4. Die Putativ-Notwehr.

§ 8 Objektive Rechtswidrigkeit von Putativnotwehr, Exzess, Prätext und Verletzung Dritter.
1. Allgemeines.
2. Notwehrprätext und Putativnotwehr.
3. Der Notwehrexzess.
4. Verletzung unbeteiligter Dritter.

§ 9 Notwehrähnliche rechtmässige Interessenwahrung.
1. Die erlaubte Selbsthilfe nach § 26, Abs. 2 thurg. St.G.
   a) Allgemeines.
   b) Die äussern Tatbestände des § 26, Abs. 2.
      aa) Vertreibung des Eindringlings.
      bb) Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen Besitzes an Mobilien.
   c) Das Verhältnis zu Art. 926, Abs. 2, Z.G.B.
2. Abwehr von Tierangriffen als Sachwehr.
   a) Das vom Angegriffenen gereizte Tier.
   b) Das von Dritten auf den Angegriffenen gereizte Tier.

Literatur

Baumgarten, Notstand und Notwehr, Tübingen 1911.

BGE Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne 1876 f.

Bl. f. zür. R., Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich 1902 f.

Burckhardt, Die Revision des schweiz. O. R., in Zeitschrift für Schweizer Recht, N. F. Bd. 22.

Demling, Zur Lehre von Notwehr und Notstand, Diss. Breslau 1916.

Exp. K., Protokoll der I. Experten-Kommission zum Vorentwurf, Bern 1896.

E. ST. G. B., Schweiz. Strafgesetzbuch v. 21. Dezember 1937.

Finger, Strafrecht, in Stammlers Enzyklopädie, II, Berlin 1935.

Fischer, Die Rechtswidrigkeit, München, 1911.

Frank, Komm., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.

Freund, Strafgesetzbuch etc. Sowjetrusslands, Mannheim 1925.

Gelbert, Der politische Gestaltwandel des Strafrechts, in Deutsches Strafrecht, NF, Bd. 4.

Geyer, Die Lehre von der Notwehr, Jena 1857.

Gmür, Uebereinstimmung der Begriffe in Zivil- und Strafrecht, in Z. f. Schw. R., NF, Bd. 22.

Grattenauer, Ueber die Notwehr, Breslau 1806.

Gretener, Der Entwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches, in „Der Gerichtssaal", Bd. 87.

Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht, Berlin 1936.

Hafter, Die Reform des thurg. Strafrechts, in Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 17.

Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. T., Berlin 1926.

Hagenbüchle, Beiträge zur Revision des thurg. Strafrechts, in Schw. Zeitschr. f. Strafr. Bd. 33.

Heberlein, Exzess der Notwehr, Rorschach 1895.

v. Hippel VD III, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in Vergl. Darstellung des d. u. ausl. Strafrechts, allg. Teil, III., Berlin 1908.

Hoche, Die Gesetzgebung des Kabinets Hitler, Berlin 1933 f.

Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I und II, Jena 1903/05.

Jerschke, Die Putativnotwehr, Breslau 1911.

Jhering, Der Kampf ums Recht, Wien 1877.

Jone, Kath. Moraltheologie, Paderborn 1936.

Levaillant, Die Retorsion (Kompensation) im Basler St. G. B., in Schweiz. Jur. Ztg., Bd. 12.

Levita, Das Recht der Notwehr, Giessen, 1856.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, Berlin-Leipzig 1932.
Lobe, Reichsstrafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. I, Berlin-Leipzig 1933.
Loeffler, Unrecht und Notwehr, in Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 21.
Mil. Kass. Entsch. Entscheidungen des Militärkassationsgerichts 1915—1925, herausgegeben vom Oberauditor.
Oesterr. Ob. Ger. E. Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Strafsachen, Wien 1920 f.
Oetker VD II, Notwehr und Notstand, in Vergl. Darstellung d. deutschen und ausl. Strafrechts, Allg. T., II. Bd., Berlin 1908.
Oetker, Grundzüge der nat. soz. Strafrechtsreform, München 1935.
Pfenninger, Das Materialprinzip des modernen Strafprozessrechts, in Schw. Ztschr. f. Str. R., Bd. 31.
Pr., Die Praxis des Bundesgerichtes Basel 1912 f.
Redslob, Der zivilrechtl. Besitz und der strafrechtl. Gewahrsam, in Z. f. ges. Str. R. W. Bd. 30.
Reichel, Die Notwehr im Strafgesetzentwurf, in Schw. Jur. Ztg. Bd. 23.
Rittau, Militärstrafgesetzbuch erläutert ... Berlin 1935.
Rittler, Lehrbuch des österr. Strafrechts, Wien 1933.
RG. Str., Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen.
SRE, Entwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches mit Botschaft des Bundesrates Bern 1918.
Stooss, Grundzüge des schweiz. Strafrechts, Basel 1892.
Stooss, Lehrbuch des österr. Strafrechts, Wien-Leipzig 1913.
Stooss, Die schweiz. Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt, Basel-Genf 1890.
Tobler, Die Grenzgebiete zw. Notstand und Notwehr, Zürich 1894.
Trüeb, Notwehr und Notstand, Diss. Zürich 1924.
v. Tuhr, Der Notstand im Zivilrecht, Heidelberg 1888.
Warneyer, Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts, Berlin-Leipzig 1936.
Wolf, Die Irrtumsbestimmungen des schw. Str. Ges. Entwurfs, in Schw. Zeitschr. f. Str. R., Bd. 45.
Zeller, Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich 1912.
Zürcher, Schweiz. Strafgesetzbuch, Bern 1914.

§ 1. Das Thema.

Die Art, wie ein Strafrecht sich zur Notwehr stellt, ist in verschiedener Hinsicht symptomatisch für den Charakter dieses Strafrechts. Aehnlich den Individualrechten der Verfassung soll durch den jedem Strafgesetz neuerer Epoche als Eckpfeiler beigegebenen Grundsatz, dass ohne gesetzlichen Tatbestand von einem „Verbrechen" nicht die Rede sein könne, die Freiheitssphäre des Bürgers gegen den staatlichen Machtbereich abgegrenzt werden. Je nach dem Mass an Einsicht und Pflichtbewusstsein, das die Regierungen dem Volke zutrauten, wurde jener Freiheitsbezirk erweitert oder aber auf ein Minimum reduziert; „je allgemeiner und vollkommener sich der Rechtsschutz eines Staates verbreitet, je wirksamer seine innere Sicherheitspolizei, je wachsamer sein Fiskalat, und je zuverlässiger seine Kriminaljustiz ist, desto enger kann seine Legislatur die Notwehr einschränken"[1]), ist die Auffassung des ausgehenden 18. Jahrhunderts. Je nach der Straftheorie ferner, der der Gesetzgeber huldigte, stellt der strafende Staat hier auf den Verbrechenserfolg als Aeusserung des verantwortlichen Willens, dort mehr auf die subjektive Einstellung des Täters ab und ahndet die normwidrige Gesinnung. Als entscheidendes Faktum für die Entstehung des Strafanspruchs aber gilt hier wie dort die Verletzung der Norm, die Rechtswidrigkeit der Tat. Der Notwehrgedanke, der weder in der Wissenschaft noch im praktischen Leben je ausgestorben war[2]), musste mit den divergierenden Normensystemen in Einklang gebracht werden. Bei den früheren Gesetzen der Neuzeit geschah es zögernd als Strafausschliessungsgrund, dann im Zusammenhang mit der Schuldlehre, bei den neueren endlich wurde die Notwehr in Anlehnung an das römische Recht als Rechtfertigungsgrund „der Rechtsordnung aufgepfropft"[3]) und so die Handlung dem staatlichen Strafbereich zum vorneherein entzogen. Es wird darzulegen sein, inwieweit dies bei den uns hier hauptsächlich interessierenden Kodifikationen, dem thurgauischen Strafgesetz von 1841/68 und dem schweizerischen Strafgesetz von 1937, die verschiedenen Prinzipien huldigen, geglückt ist.

---

[1]) Grattenauer, Ueber die Notwehr, Breslau 1806, S. 60.

[2]) Die historische Entwicklung stellen besonders eingehend dar: *Levita*, Das Recht der Notwehr, Giessen 1856 und *Geyer*, Die Lehre von der Notwehr, Jena 1857.

[3]) *Gelbert*, Der politische Gestaltwandel des Strafrechts, in Deutsches Strafrecht, NF, Bd. 4, S. 100.

Das thurg. St. G. ist eine Nachbildung, in einigen Partien eine wörtliche Kopie des badischen St. G. von 1839; wenn der frühere Obergerichtspräsident Dr. Hagenbüchle noch 1920 von ihm rühmen konnte, es sei eine achtunggebietende gesetzgeberische Leistung, die einen Vergleich mit den Strafgesetzen der meisten andern Kantone sehr wohl aushalte[4]), ist diese Genügsamkeit im Hinblick auf den inzwischen zum Gesetz gewordenen Entwurf eines einheitlichen Strafrechtes begreiflich, als Werturteil aber sehr relativ. Immerhin hatte der thurg. Grosse Rat schon 1902 beschlossen, eine Gesamtrevision anzubahnen und von der damals vorgeschlagenen Partialrevision (betr. Heraufsetzung der Strafmündigkeitsgrenze und Strafvollzug an Jugendlichen) abzusehen. Das um Begutachtung ersuchte Obergericht kam zum Schlusse, es sei die Notwendigkeit und Dringlichkeit einer Totalrevision aus theoretischen und insbesondere aus praktischen Gründen zu verneinen[5]). Die Verzögerung des Inkrafttretens des schweiz. St. G. B. (1942) stellt die Aufgabe, wenigstens die Interpretation des veralteten Gesetzes auf einer dem Rechtsbewusstsein unserer Tage entsprechenden Höhe zu halten, wenn schon die Kantone ihre Pflicht, die Gesetze auf eine solche Höhe zu bringen, zu günstigeren Zeiten übersahen. Wir werden also, ausgehend von der neuzeitlichen Lehre die verschiedenen Formulierungen im kant. Recht, im OR., soweit sich eine Einwirkung auf das Strafrecht feststellen lässt, und im S. R. E. bezw. E.St.G.B. der inhaltlich-materiellen Uebereinstimmung, wenigstens bezüglich der entscheidenden Punkte, zuzuführen versuchen.

Gelegentlich wird auch die im heutigen deutschen Recht massgebende Literatur und Praxis heranzuziehen sein, trotzdem die dortige Entwicklung auf grundsätzlich verschiedenem Boden sich vollzieht. Die Beiziehung solcher Vergleichsmittel findet u. E. ihre Rechtfertigung darin, dass die unmittelbare Nachbarschaft des Geltungsgebietes des neudeutschen Strafrechts im Laufe der Zeit unmerklich auch auf unsere bezüglichen Anschauungen Einfluss nehmen dürfte. Da zudem das dort im Notwehrrecht zu besonderen Ehren gekommene normative Element des „gesunden Volksempfindens" unserer Praxis nicht unbekannt ist, mag der Versuch einer Erklärung oder gar Fundierung unseres Rechts in jenem Sinne dann angehen, wenn die Ergebnisse der herrschenden Anschauung versagen sollten.

---

[4]) Beiträge zur Revision des thurg. Strafrechts, in Schw. Z. f. Str. R. Bd. 33 S. 226.

[5]) *Hafter*, Reform des thurg. Strafrechts, Schw. Z. f. Str. R., Bd. 17, S. 354

§ 2. Der Begriff der Notwehr und ihre Stellung in der Rechtsordnung.

Unlängst musste sich ein Obergericht von der Kassationsinstanz vorwerfen lassen, es habe den „Grundsatz von Notwehr und Notstand in sein Gegenteil verkehrt"[6]). Der Vorwurf erscheint umso schwerwiegender, als „Notwehr" ein auch dem Laien geläufiger Ausdruck ist, sodass die Vermutung nahe liegt, Rechtswissenschaft und Praxis verstehen darunter etwas anderes, als der gemeine Mann, der sich gelegentlich auf „Notwehr" berufe.

Wir verstehen unter Notwehr die durch den existenten, rechtswidrigen und ernsthaften Angriff zum Schutze der Rechtposition ausgelöste Gegenwehr unter Anwendung von Privatgewalt gegenüber dem Angreifer und seinen Mitteln. Dass unsere Begriffsbestimmung sich weder mit den Definitionen der Lehrbücher, Kommentare oder Monographien deckt, noch einem Gesetzestext entnommen ist, kann nicht verwundern. Die umfangreiche Literatur muss notwendig Stellung nehmen zu den zahlreichen, jahrhundertelang nachgeschleppten Streitfragen; damit werden fast zwangsweise die Ausführungen polemisch und der herausgeschälte Begriff erhält eine Spitze, beziehe sie sich dann auf Proportionalität oder Subsidiarität, den engeren oder weiteren Kreis der möglichen Angreifer oder geschützten Rechtsgüter, auf den Zweck oder die Voraussetzungen. Im weitern wird regelmässig Notwehr vorbehaltlos identifiziert mit subjektivem Notwehrrecht, was u. E. deshalb nicht angeht, weil beispielsweise auch der Exzedierende „in Notwehr" handelt, aber das Notwehrrecht überschreitet und sich zu dessen Mässigungsnorm im Widerspruch verhält. Die Gesetzestexte hinwiederum verwenden die in ihrem Rahmen passenden Legaldefinitionen oder Umschreibungen derart, dass sie entweder ebenfalls das Notwehrrecht präzisieren oder aber sorgfältig die Voraussetzungen und Beschränkungen der Straflosigkeit bezw. Nichtzurechenbarkeit der Verteidigungshandlungen aufzählen[7]). Die Notwehrreaktion ist, wie der Angriff als ihre Voraussetzung, primär etwas faktisches, von der positivrechtlichen Regelung unabhängiges. Die Rechtsnot des Angegriffenen, d. h. das Unvermögen des normalen Trägers der Zwangsgewalt zur Verhinderung des widerrechtlichen Angriffs, und die des Angreifers, nämlich seine Ausgeliefertheit der Gegenwehr des Angegriffenen ohne Aussicht auf irgendwelchen gegenwärtigen oder nachträglichen staatlichen Schutz, dokumentiert

[6]) Bl. f. zür. R. Bd. 33, No. 17.

wohl am besten, dass die Notwehr in erster Linie nicht gesetzliche Institution ist. In diesem Sinne dürfte Cicero's oft — und gedankenlos — zitiertes Wort „Est haec non scripta, sed nata lex"[8]) aufzufassen sein.

Das staatliche Gesetz kann höchstens ein absolutes oder eingeschränktes Recht der Notwehr anerkennen; deshalb ist es auch, wie schon Levita[9]) mit treffenden Worten bemerkte, untunlich für ein Strafgesetzbuch, „eine künstliche oder überhaupt nur eine besondere Notwehrtheorie mit subtilen Unterscheidungen und singulären Strafansätzen aufzustellen". Die in gewisser Hinsicht den Zweck der Rechtsordnung gefährdenden ängstlichen Beschränkungen des Notwehrrechts, wodurch insbesondere die Gesetzbücher des letzten Jahrhunderts auffallen, sind freilich positive Normen, auch wenn sie „das Recht der Persönlichkeit zu Gunsten desjenigen, der sie widerrechtlich antastet, beeinträchtigen". Die Anerkennung des Notwehrrechts gehört bei der heutigen Systematik ins Gebiet der Rechtfertigungsgründe und nachahmenswert ist die Formulierung des werdenden deutschen Strafrechts: Es wird ohne Verklausulierung den Satz aussprechen: Wer in Notwehr handelt, handelt recht[10])! Die Richtigkeit dieser neueren Betrachtungsweise erhellt zum guten Teil bereits aus der Qualifizierung des den Notwehrstand verursachenden Angriffs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht[11]).

---

[7]) Zu den letzteren gehört das thurg. Strafgesetz. — Unter dem Titel: „Von der Zurechnung" lautet § 26:

„Wer, um sich oder andere gegen einen bereits begonnenen oder unmittelbar „drohenden rechtswidrigen und gewalttätigen Angriff auf Person, Besitz oder „Eigentum oder gegen ein widerrechtliches Eindringen in eine Wohnung oder in „ein Besitztum zu schützen, den Angreifer oder Eindringling tötet oder verletzt, „oder überhaupt eine mit Strafe bedrohte Handlung verübt, ist straflos, sofern „er hiebei die Grenzen der Verteidigung nicht schuldhaft überschritten hat.

„Das nämliche gilt von demjenigen, der es unternimmt, auf der Stelle den „widerrechtlich Eingedrungenen wieder zu vertreiben, oder welcher von dem auf „der Tat betroffenen oder auf der Flucht begriffenen Räuber, Diebe oder andern „Angreifer den widerrechtlich entnommenen Besitz beweglicher Sachen wieder „zu erlangen sucht."

[8]) pro Milone c. 4.

[9]) a a O. S. 160.

[10]) *Gürtner-Freisler*, Das neue Strafrecht, Berlin 1936, S. 108.

[11]) Auf die Eingliederung der Notwehr im OR. haben wir nicht einzutreten; daß die Notwehr neben manchem andern, „wozu das Delikt nicht einmal die Denkform, die Krücke, abgeben kann, "unter „Unerlaubte Handlungen" untergebracht ist, ist schon bei der Revision des OR. vermerkt worden; vgl. *Burckhardt*, Z. f. Schw. R., NF 22, S. 471.

I. Teil.

§ 3. Materielle Voraussetzungen des Notwehrrechts, insbesondere nach thurg. St. G. und E.St.G.B.

I. Der gegenwärtige Angriff.

Der Angriff ist nach Frank[1]) „eine Handlung, die (wenn auch nur tatsächlich) darauf gerichtet ist, einen bestehenden Zustand durch Verletzung eines Interesses zu verändern", wobei es zur Natur des Angriffs gehöre, dass er von einem „belebten Wesen" ausgehe, nach Liszt-Schmid[2]) „jede Gefährdung eines bestehenden, rechtlich geschützten Zustandes durch positive Tätigkeit", während Lobe[3]) auch „die rechtswidrige Erhaltung eines zu beseitigenden Zustandes" als Angriff auffasst, die Bestrittenheit des Begriffs aber zugibt. Festzuhalten ist jedenfalls, dass der Ausdruck der militärischen Terminologie entnommen ist und dort — populär ausgedrückt — als die Entscheidung heischende Form der Gefechtsführung aufgefasst wird[4]).

Das thurg. Strafgesetz verwendet zwar den Ausdruck „gegenwärtig" nicht, setzt aber dafür die von der Wissenschaft längst gutgeheissenen Synonyme „bereits begonnen oder unmittelbar bevorstehend". Ja es ist, um beim gewöhnlichen Sprachgebrauch zu bleiben, nicht zu verkennen, dass „gegenwärtig" zu eng ist und die Kürze des Textes dem Sinn des Gesetzes Abbruch tun könnte, wäre nicht die im eben erläuterten Umfange extensive Interpretation stereotyp. Der S.R.E. 1918 übernahm in Art. 32 die Fassung des Art. 26 VE I, der diskussionslos die II. Expertenkommission passiert hatte[5]), das E.St.G.B. den Art. 32 S.R.E. als Art. 33; ein besonderer Hinweis auf die notwendige Unmittelbarkeit von Aktion und Reaktion findet sich nur bezüglich des drohenden Angriffs, nicht bezüglich des gegenwärtig erfolgenden, es sei denn, man entnehme die Unmit-

---

[1]) *Frank*, Str. G. Buch für das Deutsche Reich. (Komm.) Tübingen 1926, N. I zu § 53.

[2]) *Liszt-Schm.*, Lehrb. des deutschen Strafrechts, Berlin 1932, S. 194.

[3]) Leipziger Kommentar I, S. 34.

[4]) Man denke etwa an die in Materialschlachten ausmündenden Grossangriffe des Weltkrieges 1914/18.

[5]) Prot. II. Exp. Komm., Bd. 1, S. 185/86 - Das Mil. Str. G. B. vom 13. Juni 1927 hat in Art. 25 den Art. 32 SRE. genau kopiert.

telbarkeitsnorm dem Praesens der Satzkonstruktion: „Wird jemand.. angegriffen“[6]). Das zürcherische Str. G. B. von 1897 — es stimmt, wie wir noch sehen werden, verschiedentlich mit der Behandlung der Notwehr im thurg. Recht überein — hat zweckmässig die Unmittelbarkeit also aufgenommen (§ 48): „Wer, um... gegen einen Angriff zu schützen... sofort eine... Handlung begeht...“[7]).

a) Damit ein Angriff als „bereits begonnen” angesprochen werden kann, muss er wenigstens in das Stadium des Versuchs getreten sein[8]), d. h. es muss über eventuelle Vorbereitungshandlungen hinaus wenigstens ein Anfang der Ausführung des Angriffs, bei deliktischen Angriffen ein Tätigwerden in offensichtlicher Absicht der Verwirklichung eines konkreten Tatbestandes, wobei zudem die Tätigkeit als Ganzes zur Herbeiführung des Erfolges geeignet ist, stattgefunden haben[9]). Einige Schwierigkeiten können sich ergeben beim beendigten Angriif: In welchem Rahmen ist die „Notwehr” gegen einen solchen noch unmittelbar? Unbestritten ist, dass es gegen den definitiv beendigten Angriff — etwa wenn der Täter sich auf dem Rückzug, der Flucht befindet — keine Notwehr mehr gibt. Als Kriterium kann Franks[10]) Formulierung gelten: „Der begonnene, schon in eine Verletzung übergegangene Angriff bleibt so lange gegenwärtig, als die Zufügung einer neuen oder die Vergrösserung der bereits eingetretenen Verletzung durch das Verhalten des Angreifers unmittelbar bevorsteht”. Da der Angriff nicht notwendig eine strafbare Gefährdung oder Verletzung von Rechtsgütern darzustellen braucht[11]), kann schon deswegen die Vollendung eines Deliktes nicht massgebend sein für die Beendigung des Angriffs; d. h. „das mit dem Angriff unter Umständen zugleich gegebene Verbrechen kann als solches im Sinne des Tatbestandes vollendet sein, ohne dass der Angriff schon beendet sein müsste“[12]). Nur die faktische Beendigung des Angriffs, nicht seine juristische Vollendung als Verbrechen entscheidet.

---

[6]) *Zürcher*, Erläuterungen zum VE, Bern 1911, S. 52 spricht von Notwehr gegen gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Angriffe.

[7]) Ueber die Mannigfaltigkeit der Formulierung in den früheren Gesetzen der deutschen Staaten: *Oetker*, in Vergl. Darstellung A. T. II S. 273.

[8]) *Zeller*, Komm. N. 2 zu § 48.

[9]) Es erübrigt sich, hier auf die Kontroverse zwischen subjektiver und objektiver Richtung über die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch näher einzutreten. — § 33 thurg. Str. G. verlangt ausdrücklich „Handlungen, welche den Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten“. Ebenso die herrschende Lehre.

[10]) *Frank*, Komm., N. II zu § 53 — v. Tuhr, Allg. T. OR, I S. 334, stellt richtig dem bereits vollendeten Angriff den „Aufgegebenen“ gleich.

[11]) Vergl.: 3. der rechtswidrige Angriff.

[12]) *Liszt-Schm.*, Lehrb., S. 196. Ebenso bereits *Levita*, aaO. S. 177.

b) Der unmittelbar drohende Angriff ist jedenfalls nicht identisch mit dem in Zukunft zu befürchtenden Angriff, obgleich auch letzterer vorsorgliche Verteidigungsmassnahmen in engerem Rahmen zu rechtfertigen vermag[13]). Entscheidend ist, ob die Gefahr eines Rechtsgüter verletzenden Angriffs unmittelbar bevorstehe, wenn auch praktisch auf das geringere oder grössere zeitliche Auseinanderliegen von Notwehrhandlung und bevorstehender Verletzung abgestellt werden dürfte. Wie umstritten die Grenze zwischen bloss zu besorgendem und unmittelbar drohendem Angriff ist, mögen zwei Beispiele dartun: „Sehe ich, wie Wegelagerer nachts ein Drahtseil über die Landstrasse spannen, um die Insassen eines erst bei Tage zu erwartenden Automobils zu verletzen, so befinde ich mich ihnen gegenüber schon jetzt im Stande der Notwehr (Nothilfe)"[14]). Anderseits fand das Reichsgericht[15]), es habe keine unmittelbare Gefahr bestanden für den Angehörigen des Sturmtrupps auf dem Rückmarsch von der politischen Versammlung, trotzdem der Trupp auf dem Hinmarsch von Gegnern überfallen und ein Gesinnungsgenosse gestochen worden war. (Der auf Grund der Waffenverbots-Verordnung vom 25. Juli 1930 Angeklagte hatte auf dem Rückmarsch sein Taschenmesser offen getragen!) Gerade der letztere Fall lässt die eminente Bedeutung einer klaren Grenzziehung erkennen: Notwehr gegenüber dem unmittelbar drohenden Angriff rechtfertigt grundsätzlich alle Vorkehren; die Abwehr eines erst in Aussicht stehenden Angriffs darf nur in Respektierung der Rechtsnormen, insbesondere des Polizei- und des gemeinen Strafrechts, vorbereitet werden[16]).

2. Der „gewalttätige" Angriff des § 26 thurg. Str. G.

Mit dieser weiteren Charakterisierung des Angriffs als Voraussetzung des Notwehrrechts steht der Kanton Thurgau mit Aargau, Schaffhausen, Bern, Glarus und Appenzell A. Rh. allein unter den Schweizer Ständen[17]). Im Strafrecht begegnet uns die „Gewalttätigkeit" sonst regelmässig nur als Qualifikationsgrund bei Aufruhr, Meuterei, Widersetzung, oder als eventuell mit „List" alternatives Tatbestandsmoment etwa bei Menschenraub, Entführung, Nötigung usw. Man kann die Gewalttätigkeit mit dem

13) Das ist allerdings nicht Ausübung der Notwehr, sondern Ersparung derselben. Vgl. *Oetker*, VD. aaO. S. 275.

14) *Frank*, Komm. aaO.

15) R. Ger. Str. Bd. 65, S. 160. — Bei der Spärlichkeit der bezüglichen jüngeren bundesgerichtlichen Judikatur sei nur verwiesen auf BGE 44 (2) 150: Die bloße Vorstellung von der Möglichkeit eines Angriffs berechtigt nicht zu Notwehrhandlungen.

16) Das Beispiel bei Trüeb, Notwehr und Notstand, Diss. Zürich 1924. S. 36, das Legen von Fußangeln sei erlaubt, sofern diese erst im Augenblicke eines Angriffs in Funktion treten, ist nur unter Vorbehalt der erwähnten Kautelen richtig.

17) *C. Stooss*, Grundzüge des schweiz. Strafrechts, Basel 1892, S. 252.

Reichsgericht[18]) definieren als „Handeln mit ungerechter Anwendung von Gewalt", wobei aber die Entfaltung physischer Kraft das Entscheidende, der rechtswidrige Erfolg Nebensache ist. Oetker[19]) findet die Hinzufügung des Merkmals der Gewalttätigkeit als einer zusätzlichen Notwehrvoraussetzung „entschieden verwerflich". In der Tat sind nach geltender Anschauung grundsätzlich alle Güter wehrfähig, insbesondere auch die Ehre i. w. S., die religiöse Ueberzeugung u. ä., die in den allerwenigsten Fällen Gewalttätigkeiten, sehr oft aber unberechtigten Angriffen ausgesetzt sind[20]). Es stand freilich — wenigstens nach der politischen Auffassung um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, der „Blütezeit" kantonaler Strafrechtskodifikationen[21]) — im Belieben des Gesetzgebers, einerseits den Kreis der wehrhaften Güter enger zu ziehen und die Kompetenz und Zwangsgewalt des Gemeinwesens bewusst zu erweitern auf Kosten des Bürgers, anderseits auch den der Einzel-Notwehr vorbehaltenen Angriff zu qualifizieren und so die nicht qualifizierten Angriffe auf an sich wehrfähige Güter in ausschliesslich staatliche Abwehr-, bezw. Strafkompetenz fallen zu lassen. Diese sich gegenseitig ergänzende Wechselwirkung der ausserordentlichen Beschränkungen gestattet auch einen Schluss in entgegengesetzter Richtung: Gelangt unter dem Drucke moderner, bezw. aus der drohenden Verkümmerung wiedererweckter herkömmlicher Anschauungen die Rechtsprechung dazu, in extensiver Auslegung der Aufzählung der wehrfähigen Rechtsgüter ihren Rahmen elastischer, jedenfalls aber umfassender zu gestalten, dann haben notwendig auch die Angriffsformen entsprechend der Angreifbarkeit der neu als wehrfähig hinzugekommenen, d. h. hineininterpretierten Güter in allen ernsthaften Fällen normalerweise als „gewalttätig" zu gelten. Als Analogon einer solchen sukzessiven Ignorierung eines sprachlich eindeutigen Ausdrucks im Strafrecht sei verwiesen auf die Praxis bezüglich der „böswilligen" [22]) Eigentumsbeschädigung des zürcherischen St. G. B., § 187: In wörtlicher Erklärung nahm man früher an, die Böswilligkeit setze zwar begrifflich den Vorsatz voraus, werde aber „durch die Beziehung auf die Gesinnung und das Motiv des Täters" gegenüber dem Vorsatz zum engeren Begriff, d. h. die Strafbarkeit setze voraus, dass die Schädigung nicht nur vorsätzlich, sondern böswilligerweise ver-

[18]) R. Ger. Str. Bd. 45, S. 156 und Bd. 47 S. 178.

[19]) *Oetker*, VD, aaO. S. 321.

[20]) Näheres sub 3.

[21]) Das thurg. Str. G. datiert vom 15. Juni 1841.

[22]) Die „Böswilligkeit" eignet sich umso eher zum Vergleich, als nach der Theorie von Hold, die, freilich weniger ausgeprägt als jene von Geyer, die Verwandtschaft von Notwehr und Strafe hervorhebt, „Notwehr nur gegenüber böswilligen Handlungen gestattet sein soll." Vgl. Baumgarten, Notwehr und Notstand, Tübingen 1911, S. 100 f. speziell auch Lang, S. Z. f. Str. R., Bd. 44, S. 439.

übt worden sei[23]). Dagegen führte das zürch. Kassationsgericht 1931 aus: „Der Ausdruck „böswillig" wird verwendet als Bezeichnung des Deliktes und ist nicht unter den Tatbestandsmerkmalen aufgeführt. Die Auslegung des Gesetzes in dem Sinne, dass mit böswilliger Eigentumsbeschädigung lediglich der Gegensatz zu einer vorsätzlich gutgläubigen und fahrlässigen hervorgehoben werde, ist mit dem Wortlaut des Gesetzes recht wohl vereinbar"[24]). Ein „gewalttätiger" Angriff wäre parallel überall da anzunehmen, wo eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung eines wehrhaften Rechtsgutes mit den üblichen tauglichen Mitteln droht.

Zum gleichen Ergebnis gelangen wir bei Untersuchung des Verhältnisses des Art. 52, Abs. 1, OR. zu den Notwehrbestimmungen des § 26 thurg. St. G. Grundsätzlich ordnet Art. 52 OR allerdings nur die Frage des Schadenersatzes und überlässt die der Strafbarkeit der schädigenden Handlung dem kantonalen Gesetz. Dieses Nebeneinander, wie es auch noch im deutschen Recht besteht, — Oetker[25]) bezeichnet es als „eine reichlich fliessende Quelle von Irrung und Widerspruch", mit dem eine befriedigende Rechtsordnung aufzuräumen habe — nimmt sich theoretisch ganz schön aus; praktisch lässt sich ein Ineinanderwirken nicht vermeiden, trotz der Unabhängigkeitsnorm des Art. 53 OR.: Ist nämlich der zivilrechtliche Begriff der Notwehrhandlung weitergehend als der strafrechtliche, wie in unserem Falle, „schliesst dies auch die Bestrafung der Notwehrhandlung aus, weil die Rechtswidrigkeit fehlt"[26]), m. a. W. das kantonale Recht kann „eine Handlung, die nach OR. nicht zu Schadenersatz verpflichtet, weil sie nicht rechtswidrig ist", nicht als Delikt ahnden[27]). Da der Angriff auf wehrhafte Rechtsgüter nach OR. Art. 52, Abs. 1, von einer Person ausgehen, ferner gegenwärtig und rechtswidrig, aber nicht „gewalttätig" sein muss, kann der unmittelbar Abwehrende sich auf diesen, wenn auch nur zivilen Rechtfertigungsgrund berufen und damit die erweiterten Voraussetzungen des thurg. Notwehrrechtes illusorisch machen.

3. Der rechtswidrige Angriff.

„Besteht der Ausgleich widerstrebender Interessen in der Abgrenzung gewisser Freiheitsbezirke des Handelns und der Zuteilung bestimmter Anteile am Genuss von Gütern, so bedeutet

---

[23]) Appellationskammer i. J. 1901; Bl. f. zür. R. Bd. I, No. 22.

[24]) Bl. f. zür. R., Bd. 33, No. 17, S. 44.

[25]) *Oetker*, Grundprobleme der nat.-soz. Strafrechtsreform, in NS-Handbuch S. 1341.

[26]) *Becker*, Komm. N. 7 zu Art. 52.
V. Rossel, Manuel du droit féd. d. obl., I, Lausanne 1920, N. 133: „La question de savoir s'il y a eu légitime défense se décidera ... d'après les principes généraux du droit".

jede Beeinträchtigung des Freiheitsbezirkes und der Genussmöglichkeit eines Rechtsgutes zunächst einen Angriff auf diese Güter. Soweit der Angriff in die zugemessene Befugnis des Angegriffenen eingreift, ist er somit rechtswidrig". Diese einführenden Worte Lobe's [28]) mögen bereits einen Hinweis sein auf die Gründe unserer etwas abweichenden Gliederung dieses Fragenkomplexes: Gewöhnlich werden nämlich die durch den Angriff bedrohten Rechtsgüter und die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Darstellungen[29]) so auseinander gezerrt, dass die Uebersichtlichkeit der Zusammenhänge darunter leiden muss. Die Erscheinung ist auf die schon bei Erläuterung des Angriffs gegen Rechtsgüter eingeleitete Doppelspurigkeit zurückzuführen, wobei dann unter Rechtswidrigkeit diese gleichen gefährdeten bezw. verletzten Rechtsgüter zum Nachweis der missachteten Norm herzuhalten haben. Wir verkennen allerdings nicht, dass der Betreibungsbeamte, der sehr zum Missvergnügen des Schuldners in dessen Eigentumssphäre eingreift und das die instrumenta et producta sceleris konfiszierende Untersuchungsorgan trotz dem Angriff auf jene „Güter" vermutlich rechtmässig handeln. Operiert man aber von Anfang an nur mit wirklichen wehrfähigen Rechtsgütern, d. h. solchen Lebensinteressen, die die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit unter mancherlei Vorbehalten und Bedingungen, Voraussetzungen und Auflagen dem einzelnen Bürger oder einer Personenmehrheit begrenzt oder unbegrenzt zuerkennt und mit ihrem Schutze zu umgeben verspricht, ist der Angriff auf ein solches in seinen zugemessenen Schranken geltend gemachtes Rechtsgut immer rechtswidrig, und die Doppelspurigkeit entfällt. Der rechtswidrige Angriff ist daher ein solcher, den der Angegriffene nicht kraft Rechtswillens dulden muss (Binding), oder, wie Finger[30]) formuliert, „ein Angriff, der eine vom Recht missbilligte Störung des Angegriffenen bedeutet"; da aber der Staat aus Zweckmässigkeitsgründen formal korrekte Handlungen seiner Beamten schützt, auch wenn sie materiell nicht gerechtfertigt sind, ist die „Pflicht zur Duldung" nicht scharf angepasstes Korrelat zum „Recht zur Vornahme", sondern erstere kann weiter reichen als letzteres.

a) Die wehrfähigen Rechtsgüter im Allgemeinen.

Schon der Satz: „Jedes Gut ist wehrfähig", oder „Gleichgültig ist, gegen welches Interesse sich der Angriff wendet", wie er in der schweizerischen und reichsdeutschen Literatur allenthalben

[27]) Bl. f. zür. R. Bd. 33, No. 17, S. 57. — Ebenso *Gmür* Uebereinstimmung der Begriffe in Zivil- und Strafrecht, Z. f. Schw. R. NF. 22, S. 623. — Anders noch BGE 19 S. 769: Der Zivilrichter hat die Notwehrvoraussetzungen gemäß OR. selbständig zu prüfen.

[28]) Leipziger Komm., I. Einl., S. 33/34.

[29]) z. B. *Frank*, Komm., zu § 53.

[30]) *Finger*, Strafrecht, in Stammler, Enzyklopädie II, S. 470.

sich findet, kann in der absoluten Formulierung nicht befriedigen. Soweit das Gut nicht mit Rechtsschutz umkleidet ist[31]), und sofern es nicht ein bestimmtes (physisches oder juristisches) Rechtssubjekt als Träger hat, ist es wehrunfähig[32]). Vorzüglich die letzteren Fälle, wo zwar objektiv eine Rechtswidrigkeit vorliegt, während es an einem greifbaren Interesse einer Person mangelt, sind nicht selten. Lobe [33]) erwähnt Päderastie, Kuppelei, Bettelei und Gewerbsunzucht, welche Aufzählung aber insofern wieder nicht absolut gilt, als je nach den Umständen der Deliktsverübung wehrhafte Rechtsgüter, z. B. elterliche Gewalt, öffentliche Ruhe und Sitte, tangiert werden können. Der Satz: „Jede Verletzung eines Rechtsgutes (ohne Rechtfertigungsgrund) erzeugt Rechtswidrigkeit" verträgt also keine Umkehrung etwa in dem Sinne: „Die Rechtswidrigkeit ist unberechtigte Verletzung bezw. Gefährdung eines Rechtsgutes". Da das R. Str. G. B. in der Begriffsbestimmung des § 52, Abs. 2, von einer Auswahl, Klassierung, ja auch nur einer Nennung der Rechtsgüter absieht, spricht die Vermutung für den Einbezug aller nicht ausdrücklich vom Rechtsschutz ausgeschlossenen bestimmten Rechtsträgern zustehenden Rechtsgüter. Abgesehen von den selbstverständlichen[34]) Gütern Leib und Leben, Besitz und Eigentum, sei hier nur auf einige Interessen hingewiesen, deren Wehrhaftigkeit eher bestritten ist.

Die Ehre ist nach neuerer Anschauung in dem weiten, vollen Umfange, der z. B. auch Geschlechts- und Beamtenehre einschliesst, wehrfähig und Oetker[35]) hofft, die Kontroverse über die Ehrennotwehr sei für immer erledigt. Dagegen konnte freilich noch 1922 das schweiz. Militärkassationsgericht[36]) ausführen: „Uebrigens kennt das Gesetz (das 1927 ausser Kraft gesetzte alte Mil. St. G., Art. 31) die Ehrennotwehr nicht und die Ehre als Bestandteil des „Eigentums" (sic) auszulegen, geht nicht an". Das Reichsgericht hat sogar das Verlöbnis als wehrhaftes Gut anerkannt[37]) und in der Doktrin wird unbestritten für das sittliche, religiöse, wie für das vaterländische Gefühl Wehrrecht

---

[31]) Man denke etwa an die Bekenntnisschule, Geschäftskundschaft, manche Fälle kunstgewerblichen Urheberrechts etc.

[32]) Leipz. Komm., Anm. 2 c und d zu § 53.
Baumgarten, aaO. S. 120. vgl. auch unten: Unfugabwehr und sittliche Schranken der N.wehr.

[33]) aa.O. Anm. 2d zu § 53.

[34]) Ueber den Zweck ihrer Nennung z. B. im thurg. St. G. vgl. unter b.

[35]) Vgl. Darstellung A. T. II, S. 278.

[36]) Entscheidungen 1915—1925, herausgegeben vom Oberauditor, No. 131

[37]) R. Ger. Str. Bd. 48, S. 215.

postuliert [38]). Gerade die Revolutionen und Evolutionen in den Nachbarstaaten seit 1918 zwangen förmlich die Strafgerichte wie die Wissenschaft zur Stellungnahme in der Frage der Wehrfähigkeit der politischen Einstellung zu Staat und Volk. Geht man aus von der — wie die Entwicklung der Eidgenossenschaft beweist — auch durch internationale Vereinbarungen, Diktate und Pakte, nicht zu beseitigenden Tatsache, dass jedes Volk „Anspruch auf Selbstbehauptung in der Welt, das Recht sich gegen Angriffe zur Wehr zu setzen" hat[39]), also von der Erweiterung des Notwehrrechts des Individuums auf die Nation, gelangt man zwar zu einer grundsätzlichen Anerkennung der „Staatsnotwehr", wie man sie ungenau bezeichnet, d. h. der Staats-Nothilfe durch den einzelnen Bürger je nach seiner politischen Ueberzeugung. Diese „Erweiterung" kann allerdings kaum im Sinne blosser Analogie erfolgen: Da der Staat durch seine Organe handeln kann und muss, ist Nothilfe zugunsten des Staates gegeben, wenn die Organhilfe versagen sollte[40]), Gegenwärtigkeit des Angriffs stets strikt vorausgesetzt[41]). Mögen auch die deutschen Strafgerichte zur Zeit des Umbruchs allzu grosszügig die „Staatsnotwehr" in der dann schlussendlich politisch erfolgreichen Richtung sanktioniert haben; mögen auch hierzulande Parteien und Gruppen sich als die „Retter des Vaterlandes", beziehungsweise „Erlöser des unterdrückten Volkes" fühlen, diese politische Euphorie rechtfertigt noch keine gewaltsame Abwehr des Gegners, solange der Staat sich und die verfassungsmässigen Institutionen durch seine Organe und die ihm zur Verfügung gestellten Machtmittel selbst zu schützen vermag. Auch auf die Gefahr hin, hier nicht modernsten Anschauungen zu huldigen, finden wir, das „Salus publica suprema lex" beziehe sich vornehmlich auf Ruhe und Ordnung im Innern und Unterbindung aller Bürgerkriegs-Provokationen, es sei denn, „das ordnungsgemässe Funktionieren der Staatsmaschine"[42]) setze absichtlich aus.

In Oesterreich hat der Gedanke der Staatsnotwehr sich nicht zu entwickeln vermocht. Der oberste Gerichtshof[43]) hat 1933 ausgeführt, es sei zwar keine Verletzung des Sprengstoffgesetzes, wenn jemand Sprengmittel im Besitze habe, um sich ihrer nur im Falle gerechter Notwehr zu bedienen, obwohl ihre Wirkung sich vielfach jeder Voraussicht und Abschätzung entziehe, dagegen sei die (damals geltende!) republikanisch-demokratische

[38]) *Frank*, Komm., Anm. I zu § 53; *Lobe*, Einführung, S. 35 und die dort genannte Literatur; vgl. insbesondere die Reformvorschläge *Oetker*, Vergl. Darst., allg. T. II, S. 324.

[39]) *Rosenberger*, Wehrrecht, S. 443.

[40]) Ueber die Subsidiarität vgl. § 4 No. 2

[41]) Vgl. *Finger*, in Enzykl. II, S. 472.

[42]) *Lobe*, aaO. S. 35.

[43]) Entsch. d. österr. Ob. Ger. in Str. u. Disz. S., XIII, No. 84, S. 271

Staatsverfassung kein im Strafgesetz aufgezähltes wehrhaftes Gut [44]). Alle andern Güter als Leben, Freiheit und Vermögen, „insbesondere die Ehre, ferner alle überpersönlichen Güter, wie der Staat, dann das sittliche, religiöse oder vaterländische Gefühl sind — nach österreichischer Auffassung — nicht notwehrfähig"[45]).

Da einzelne westschweizerische Strafgesetze[46]) sich stark an das französische Recht anlehnen, sei noch verwiesen auf Art. 329 code pénal fr., der die Notwehr nur im Zusammenhang mit Tötung und Körperverletzung bringt[47]).

b) Die wehrhaften Güter des thurg. Str. G.

Von den zahlreichen möglichen Schutzobjekten, gegen die sich der oben charakterisierte Angriff richten kann, erwähnt § 26 des thurg. Str. G. nur vier: Person, Besitz, Eigentum und Hausfriede, wobei der Angriff auf das letztere umschrieben ist mit „Widerrechtliches Eindringen in eine Wohnung oder in ein Besitztum". Die Aufzählung deckt sich im Wesentlichen mit der des § 48 des zürch. Str. G. B., wobei dieser letztere freilich auch noch das Recht der Nacheile[48]) „um sich der Person des Angreifers zu versichern" erwähnt. Sie gehört ebensowenig hierher, wie der Fall der erlaubten Selbsthilfe zur Wiederbeschaffung des widerrechtlich entzogenen Besitzes nach § 26, Abs. 2, thurg. Str. G., worüber wir bei den wehrrechtgemässen Abwehrhandlungen Näheres ausführen werden. Mochten auch, wie in den andern Kantonen — Oetker[49]) nennt die Tatsache, dass die eidgenössischen und kantonalen Kodifikationen des vorigen Jahrhunderts die „Ehre" nicht erwähnen, ein „offenbar konkludentes Schweigen" — der Zweck der Beschränkung des Kreises der wehrfähigen Güter wegleitend gewesen sein, muss für die moderne Praxis jene Aufzählung konsequent mit der neuen Lehre in Einklang gebracht werden.

aa. Keinerlei Schwierigkeit bieten die das Vermögen betreffenden Rechtsgüter Besitz und Eigentum: Besitz im Sinne von

---

[44]) Zur Gegenüberstellung diene Oesterr. Ob. Ger. E. Bd. XIII, No. 53: „Da der Angeklagte ein hochwertiges Rechtsgut, und zwar das Eigentum ... zu verteidigen hatte".

[45]) *Bittler*, Lehrb. d. oest. Str. R. I, Wien 1933, S. 96. — Die Anmerkung: „Also keine Staatsnotwehr durch Fememord!" ist ein für jene Zeit charakteristischer Hieb.

[46]) Insbes. Neuenburg, Art. 39. — Genf, Art. 54; Art. 55 stellt aber nächtliche Angriffe auf das Hausrecht, sowie Gewaltanwendung bei Diebstahl und Raub auf gleiche Stufe.

[47]) *Oetker*, VD., a. T. II, S. 320.

[48]) Vgl. darüber Zeller, N. 6b zu § 48.

[49]) VD. Allg. T. II. S. 320.

Art. 919 Z. G. B. als tatsächliche Gewalt über eine Sache, mit der Einschränkung, dass zu diesem faktischen Moment ein Recht an der Sache z. B. Miete, Nutzniessung, hinzukommen muss[50]), womit die bloss tatsächliche Innehabung der Gewalt durch den Besitzdiener ausser Betracht fällt; so setzt denn auch der an den Besitz sich knüpfende Rechtsschutz die Behauptung eines dinglichen oder persönlichen, eigenen oder fremden Rechts voraus[51]); Eigentum als das grundsätzlich „allseitige ausschliessliche Herrschaftsrecht über eine Sache"[52]). Nicht unter diese Rubrik gehören demnach die herrenlosen Sachen, auch nicht das — freilich ebenfalls wehrfähige — Okkupationsrecht des Revierpächters, da er weder Besitz, noch Eigentum am lebenden Wildbestand seines Gebietes hat.

Aus dem speziellen Teil der Strafgesetzbücher sind es in erster Linie die Vermögensdelikte, die Angriffe auf diese Rechtsgüter darstellen: Fremdes Eigentum ist gefährdet bei Diebstahl und Raub, ebenso bei der Unterschlagung durch den Besitzdiener oder Fremdbesitzer; doch sind es nicht die einzigen, wie der Angriff nicht einmal notwendig einen Deliktstatbestand erfüllen, noch überhaupt die allgemeinen Verbrechensmerkmale gegeben sein müssen[53]). Im Immobiliarsachenrecht sind die Besitz- und Eigentumsverhältnisse insofern stabilere, als auf gänzlichen Entzug der bezüglichen Rechte gerichtete Angriffe, dank der entscheidenden Wirkung des Grundbucheintrages auf den Bestand dinglicher Rechte, kaum denkbar sind. Wenn nun bei Grundstücken z. B. durch eine künstlich und böswillig verursachte Ueberschwemmung eine Gefahr für Grund und Boden als solchen nicht besteht, ist doch durch den Angriff die Ausübung der das Eigentum verkörpernden Herrschaftsgewalt, Verfügung und Nutzung, unterbunden oder wenigstens erschwert; ähnlich bei den Sprengstoffdelikten, wo der Schaden am Grundstück regelmässig in keinem nennenswerten Verhältnis steht zur Gemeingefährlichkeit der Handlung. Am einleuchtendsten ergibt sich die Notwendigkeit der Einbeziehung der gemeingefährlichen Delikte — im thurg. Str. G. sind die wichtigsten: Brunnenvergiftung § 71 und 212, Brandstiftung § 197 f., Ueberschwemmung § 209 — unter die Angriffe auf Besitz und Eigentum[54]) bei der Brandstiftung an Objekten des Täters („Anzünden eigener Sachen", § 203): Wörtlich ausgelegt liegt seitens des Brandstifters kein unmittel-

---

[50]) Vgl. *Ostertag*, Vorbem. 10 und 11 zum 24. Titel — auch der Dieb ist Besitzer nach Art. 919 Z. G. B.

[51]) *Tuor*, Z. G. B., S. 404.

[52]) *Tuor*, Z. G. B., S. 448.

[53]) Anderer M. die ältere Lehre; z. B. Geyer, aaO., S. 3: „Selbsthülfe gegen kriminelles Unrecht".

[54]) Im gleichen Sinne für Zürich: *Zeller*, N. 5 zu § 48.

barer Angriff auf fremdes Vermögen, sondern Verfügung über eigenes vor, wogegen Notwehr, durch den Anstösser z. B., ausgeschlossen wäre; Inbrandsetzung eigener Sachen ist aber nur dann keine strafbare Brandstiftung, wenn darin 1. keinerlei „Gefahr für Menschen oder das Eigentum anderer", und 2. keine anderweitige „Beeinträchtigung fremder Rechte" liegt.

Vom Besitz als Rechtstitel ist der bei gesetzlichen Straftatbeständen, z. B. Diebstahl und Unterschlagung, wiederkehrende Begriff des Gewahrsams zu trennen. Zwar kennt auch das Z. G. B. den Ausdruck in Art. 725 als „losen räumlichen Zusammenhang" zwischen dem „Finder" und dem zugelaufenen Tier und Sch. K. G. Art. 106 im Widerspruchsverfahren mit einem Inhalt „nach den Bedürfnissen einer sachgemässen Verteilung der Parteirollen"[55]). Im strafrechtlichen Sinne ist Gewahrsam „das rein tatsächliche Gewaltverhältnis über die Sache", das regelmässig auch dem Besitzdiener zusteht, sofern die Umstände ihm gestatten, den Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen[56]). Die Norm des Diebstahls — § umkleidet den Gewahrsam an beweglichen Sachen mit rechtlichem Schutz. Wenn sich nun auch der zivilrechtliche „Besitz" und der strafrechtliche „Gewahrsam" nicht decken[57]), rechtfertigt sich eine ausdehnende Erklärung des Rechtsgutes „Besitz" dahin: Besitz im Sinne von § 26 thurg. Str. G. ist mit zivilem oder strafrechtlichem Schutz umgebene tatsächliche Herrschaftsgewalt über eine Sache. Diese gleichmässige Wertung von Besitz und Gewahrsam geht freilich nicht so weit, dass der Gewahrsam des Besitzdieners gegenüber dem Eigen- oder Fremdbesitzer wehrfähig wäre; er ist es nur gegenüber Dritten[58]). Unabhängig davon aber bleibt auch das Eigentum — selbst ohne Besitz — wehrfähig und der nichtbesitzende Eigentümer kann in eigentlicher Notwehr (nicht nur Nothilfe) Beschädigung seiner Sache abwehren, freilich auch mit einer Einschränkung: Gefährdung der Sache durch den Besitzer berechtigt den nichtbesitzenden Eigentümer nur zum Einschreiten im Ausnahmefall des Art. 52, Abs. 3, O. R.[59]).

bb. „Person" hiess, wie „Leib und Leben" in der Aufzählung der wehrfähigen Rechtsgüter ursprünglich soviel wie Leben, Körper und Gesundheit. Da aber, wie wir unter dem folgenden

---

[55]) *Ostertag*, Vorb. 15 zum 24. Titel — sogar der Strafsenat des RG. verdunkelte seine Stellungnahme „durch eine ganz überflüssige Doppelsinnigkeit im Gebrauch des Begriffs Gewahrsam", *Liszt*, Lehrb., S. 196, zum Entscheid RG., Str. 55,82.

[56]) *Frank*, Komm. Anm. IV zu § 242; *Zeller*, N. 4 zu § 168.

[57]) Anderer Meinung *Redslob*, Der zivilr. Besitz und der strafr. Gewahrsam, in Z. f. ges. Str. RW., Bd. 30, S. 223; da sich beide ihrem ganzen Umfange nach decken, soll der Gesetzgeber die Identität auch formell zum Ausdruck bringen.

[58]) Aehnlich *Oetker*, VD., A. T. II, S. 278 f.

[59]) *v. Tuhr*, O. R. I, S. 334.

Titel ausführen werden, der in Notwehr Handelnde nicht nur als Wahrer seiner Interessen, sondern zugleich als Schützer der Rechtsordnung auftritt, muss der Ausschluss eines Interesses aus dem Kreis der wehrhaften Güter als teilweise Rechtlosigkeit taxiert und empfunden werden. So werden denn heute alle Angriffe auf die körperliche Unversehrtheit, mögen sie dauernd oder vorübergehend, auf Gewalteinwirkung, bloss körperlich fühlbare Freiheitsentziehung, geschlechtlichen Missbrauch oder gar nur schlechte Verpflegung zurückzuführen sein[60]). Der „Angriff auf die Person" darf nach moderner Auffassung noch weiter gefasst werden. Schon die Einbeziehung der juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts bedingt einen weitesten Rahmen. „Gemeint sind alle Angriffe, die die Integrität der Persönlichkeit sowohl nach der physischen, wie nach der moralischen Seite hin bedrohen", lautet Zellers[61]) Formulierung der Ausdehnung für das Zürcher Recht und er interpretiert die „geschlechtliche Integrität", „die Ehre", und „die persönliche Freiheit", namentlich hinein. Wehrfähig unter dieser Rubrik sind aber auch die durch Art. 28 Z. G. B. grundsätzlich zu geschützten Rechtsgütern erhobenen Persönlichkeitsrechte, soweit nicht schutzwürdigere Allgemeininteressen eine Verletzung derselben ad hoc rechtfertigen und entschuldigen, z. B. Epidemiegefahr bei Wahrung ärztlichen Berufsgeheimnisses. Erwähnen wir nur einige typische von der Praxis als wehrfähig anerkannte Persönlichkeitsrechte ausser Leib und Leben: Freiheit der Lebensgestaltung und der Benutzung der zustehenden Rechte, Ehre im subjektiven und objektiven Sinne (B. G. E. 55 (2) 32), Geheimsphäre und Berufsgeheimnis (B. G. E. 44 II 325), Name und Wappen, Firma und Marke, (B. G. E. 45 II 623), Arbeitskraft und wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit (Pr. 20, No. 197, B. G. E. 58 II 225[62]), Kredit und Urheberrecht (B. G. E. 57 II 72).

Die Ehre nimmt unter den Persönlichkeitsrechten die umstrittendste Stellung ein und darauf mag es zurückzuführen sein, dass aus den kantonalen Strafrechtskodifikationen so gar keine rechtfertigende Bestätigung der schmeichelhaften Kritik Willibald Pirckheimers abzuleiten ist: „Bei den Schweizern (— zu Ende des 15. Jahrhunderts! —) gilt Ehre viel mehr als Wohlstand"! Diese Umstrittenheit der Ehre als eines wehrfähigen Persönlichkeitsrechts ist freilich keineswegs eine grundsätzliche. Dass die Ehre ein schutzwürdiges Rechtsgut ist, bestreitet nie-

[60]) *Lobe*, N. 3 b zu § 52 R. St. G. B. — In Oesterreich, wo nur „Leben, Freiheit und Vermögen" wehrfähig sind, behalf man sich damit, daß man Angriffe auf den Körper und die Gesundheit als Angriffe auf die „Freiheit" erklärt. — *Stoss*, Lehrb., Wien 1913, S. 147.

[61]) *Zeller*, N. 4 zu § 48.

[62]) Betr. Boykott vgl. die zahlreichen Entscheide bei Brodtbeck-Däppen BG.-Praxis, zu Art. 28.

mand. Die Schwierigkeiten ergeben sich erst, wenn dem Ausdruck „Ehre" ein nur einigermassen allgemeingültiger Inhalt gegeben werden soll. Der persönliche Ehrbegriff ist wie kaum ein anderer subjektivster menschlicher Stimmung unterworfen[63]). Dieser Unbeständigkeit u. jedenfalls Uneinheitlichkeit der Wertung tragen denn auch alle Strafgesetze und - Prozessordnungen insofern Rechnung, als sie die gerichtliche Ahndung der Ehrenkränkungen der Initiative des Verletzten im Privatstrafklage-Verfahren überlassen, z. B. thurg. Str. G. § 228, zürch. Str. G. B. § 158; im E. St. G. B. sind alle Ehrverletzungen Antragsvergehen (Art. 173—178; 29—31). Es ist aber nach Art. 385, Abs. 2, den Kantonen vorbehalten, „für die Verfolgung von Ehrverletzungen ein Privatstrafklageverfahren" vorzusehen. Auch das neue Strafgesetz hat also nicht vermocht, eine grundsätzlich einheitliche prozessuale Behandlung der Injuriensachen — nach den allgemeinen Wegleitungen über die Antragsdelikte — Wirklichkeit werden zu lassen. Der Verletzte, ausgeliefert der Partei- und Verhandlungsmaxime mit all ihren Klippen, muss dartun können, in welcher Intensität u. in welchem Umfang der Angriff auf das ihm als solches bewusste Rechtsgut erfolgte und angemessene Bestrafung und Genugtuung fordern. Es ist Sache des Gerichts zu prüfen, ob die Ehre — nicht nur der Ehrgeiz — angetastet[64]) wurde. Das Angriffsobjekt nun, die äussere Ehre, hat „im Laufe der Zeit durch stärkere Betonung des Gedankens der sozialen Geltung zwar keinen neuen Inhalt, aber eine etwas veränderte Wertung erhalten"[65]). Das Bundesgericht[66]) umschrieb sie kürzlich mit einfachen Worten also: „Ehre im Sinne eines geschützten Rechtsgutes ist die Wertschätzung, die der Einzelne in der Oeffentlichkeit geniesst, und unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Meinung ist zu entscheiden, ob (z. B.) eine Aeusserung eine Ehrverletzung ist". Diese Abhängigmachung des Deliktscharakters, der Widerrechtlichkeit der Handlung vom tatsächlichen oder mutmasslichen Verhalten unbeteiligter Dritter[67]) hat auch einen Einfluss als Notwehrvoraussetzung. Kaum anderswo wähnt sich der Mensch so leichthin verletzt, wie bei der Ehre; bei keinem anderen Rechtsgut nimmt er so ungern Rücksicht auf

---

[63]) Ueber die neue deutsche Konstruktion: „Gesamtbürgschaft aller für die Ehre, das höchste Gut des Volksgenossen", vgl. *Oetker* in N. S. Handbuch S. 1329.

[64]) wie man sich gemeinhin ausdrückt. In Wahrheit ist der moralische Wert des Verletzten nicht angetastet, wohl aber sein Anspruch auf Nichtstörung der verdienten Wertschätzung. Vgl. *Zürcher*, Erl. z. VE., S. 181; *Zeller*, Nr. 4 vor § 155.

[65]) Zürcher Ob. Ger. in Bl. f. z. R., Bd. 31 No. 128.

[66]) Pr. XXIV, No. 2.

[67]) Bei der einfachen Beleidigung [unter 4 Augen!], Bestreitung oder Ignorierung der inneren Ehre, ist diese Einflußnahme der Einstellung Dritter schwierig zu konstruieren. *Frank*, Komm., Vorb. I 2 zum 14. Abschn.

die eventuell durch den „Angreifer" repräsentierten höheren Interessen. Es ist deshalb nicht zu verwundern, wenn sich Legislative und Praxis nur zögernd mit der Ehrennotwehr befreunden mochten und trotz prinzipieller Abneigung gegen die Culpa-Kompensation im Strafrecht allenthalben[68]) die dem thurg. § 227 entsprechende Retorsions-Möglichkeit figuriert, die Aufrechenbarkeit von Beleidigung und Gegenbeleidigung oder Tätlichkeit, sofern die letzteren unmittelbar, „auf der Stelle", als Antwort auf die erstere folgen. Die Retorsionshandlungen dürfen freilich mit Notwehrhandlungen nicht auf gleiche Stufe gestellt werden, schon weil jene rechtswidrig und schuldhaft bleiben und der Richter nach freiem Ermessen einen oder beide Täter straffrei ausgehen lassen kann; gemeinsam ist dagegen bei den Rechtsinstitutionen die Unmittelbarkeit der Reaktion als Voraussetzung; auch kann die Gegenbeleidigung oder eine wohlgezielte Tätlichkeit das geeignetste Mittel sein, um einen bereits erfolgten und, nach dem Charakter des Täters zu schliessen, noch intensiver fortzusetzenden Angriff auf die Ehre erfolgreich abzuwehren, und ist selbstredend dann nach den Regeln über Notwehr zu beurteilen.[69]) Auf der Grenze zwischen Persönlichkeits- und in „Besitz und Eigentum" hauptsächlich verankerten Vermögensrechten liegen u. a. Kredit und Hausfriede. Dieser ist in § 26 thurg. St. G. als wehrfähiges Gut umschrieben; jener findet in Theorie und Praxis eine so widersprechende Subsumierung, dass eine eingehendere Würdigung uns hier ebenfalls angezeigt scheint.

Der Kredit infolge sicheren Vermögensbesitzes oder hoher Berufstüchtigkeit ist im E. St. G. B. unter den Vermögensrechten eingereiht (Art. 160).[70]) Wenn die Botschaft[71]) erwähnt, dass die Kreditschädigung „gelegentlich, unrichtigerweise" den Vergehen gegen die Ehre zugezählt wurde, hatte sie wohl das Zitat aus Levita in Iherings Philippica gegen die „schmähliche Verkümmerung" des Notwehrrechts im 18. und 19. Jahrhundert im Auge[72]): „Kaufleute, selbst die reichsten, machen keine Ausnahme, ihre Ehre sei ihr Kredit. Sie haben nur solange Ehre, als sie Geld haben, sie können es füglicherweise ohne Gefahr, ihre Ehre oder ihren Leumund zu verlieren, dulden, dass sie mit Schimpfnamen belegt werden..." Kredit bedeutet das Vertrauen in die Schuldnerehrlichkeit und geschäftliche Tüchtigkeit

---

[68]) Das St. G. B. behandelt die Retorsion im Zusammenhang mit Provokation der Beschimpfung, Art. 177, Zif. 2.

[69]) Ueber das Verhältnis der Retorsion zur Notwehr vergl. insbes. Levaillant in S. J. Zg. Bd. 12, S. 107f; ferner Pfenninger, das Materialprinzip etc. in S. Ztschr. f. Str. R., Bd. 31.

[70]) Zürcher, Erl. z. VE, S. 181.

[71]) Botschaft z. SRE, S. 36.

[72]) Ihering, Der Kampf ums Recht, Wien 1877, S. 91.

einer Person. Dank der Einschränkung des strafrechtlichen Ehrbegriffs auf die allgem. Menschenehre in ethischer und sozialer Hinsicht, auf den Anspruch jedermanns, „beurteilt zu werden als einer, der seine Pflicht erfüllt, als in sozialer Hinsicht nicht minderwertig[73]), ist der Kredit leicht dagegen abzugrenzen[74]). Wir haben oben den Kredit unter den Persönlichkeitsrechten genannt und hier bleibt nur noch zu untersuchen, ob und eventuell wie er in die Aufzählung des § 26 thurg. Str. G. passt. Einen besonderen Tatbestand der Kreditschädigung kennt das thurg. Strafrecht nicht; anderseits wird es auch in jenem räumlichen Geltungsbereich kaum einen auf normale Kredite angewiesenen Geschäftsmann geben, der etwa die unwahre Behauptung, er habe bereits Konkurs gemacht und es bestünden Verlustscheine auf ihn, ohne weiteres oder doch nur als Beleidigung hinnähme! Da der hier interessierende Kredit in der Regel Personalkredit ist, beeinträchtigt die Kreditschädigung oder — Gefährdung nicht nur die Vermögenslage des Damnifikaten, sondern gewöhnlich auch seine persönlichen Verhältnisse im Sinne von Art. 49 OR. Wir hätten es also, in der Sprache des thurg. Str. G., mit einem Angriff auf die Person zu tun[75]).

Der Hausfriede endlich setzt sich aus zwei Elementen zusammen: dem Besitz, bezw. dem Willen auf dessen Respektierung inbezug auf „eine Wohnung oder ein anderes Besitztum", wobei Besitztum unstreitig eine bewegliche Sache bedeutet, was bei „Wohnung", etwa bei Wohnwagen, Wohnschiffen, nicht notwendig zutrifft: das andere Element ist das Hausrecht, der aus der persönlichen Freiheit abgeleitete Anspruch auf ungestörten unmittelbaren Besitz[76]). Die Unverletzlichkeit des Hausrechts ist meist sogar ausdrücklich durch die Staatsverfassungen garantiert, z. B. Thurgau, Art. 10, mit der etwas unglücklichen oder doch ungewohnten Formulierung: „Die Wohnung ist unverletzlich", Zürich, Art. 8, Bern, Art. 76, Abs. 3: „Gegen jedes rechtswidrige Eindringen ist der Widerstand erlaubt" und besonders eingehende Bestimmungen in der Genfer Loi constitutionelle sur la liberté individuelle et sur l'inviolabilité du domicile[77]), vornehmlich zum Schutze des Bürgers gegen will-

[73]) Zürcher, Erl. S. 182.

[74]) Anders im deutschen Strafrecht; der Verleumdungs - § 187 R. ST. G. enthält die einfache Kreditgefährdung; daher auch die Konkurrenzfälle mit den entsprechenden Bestimmungen des Wettbewerbgesetzes, wohin der Tatbestand eher gehört. Frank Anm. I und II zu § 187.

[75]) Ebenso Egger, Anm. III, 2, f. zu Art. 28; Rieser, die kaufm. Auskunfterteilung, Diss. Zürich 1908, Seite 110 · Über die abweichende neuere B. G. · Praxis „das Interesse an der Erhaltung des Kredites komme dem Interesse an der Vermögensintegrität gleich", vgl. Bl. f. zür. R., Bd. 26 No. 114.

[76]) Frank, Komm., Anm. I zu § 123.

[77]) Vom Volk angenommen am 23. April 1849, dem Bund aber nie zur Genehmigung unterbreitet.

kürliche amtliche Schnüffelei[78]). Das Interesse des Einzelnen an ungestörter Betätigung eigener Lebensführung in der freien Wohnung ist als Rechtsgut ferner durch den Tatbestand der Hausfriedensstörung geschützt, § 258/60 thurg. Str. G. Nun ist allerdings das „widerrechtliche Eindringen in eine Wohnung oder in ein Besitztum" gegenüber der Hausfriedensstörung, die auch das unberechtigte, z. B. untersagte Verweilen umfasst, der engere Tatbestand, weiter hinwiederum hinsichtlich des Komplexes der Oertlichkeiten: Hier ist die Einfriedung des „Schutzgebietes" Tatbestandvoraussetzung, dort nicht. Von widerrechtlichem Eindringen spricht man, „wenn es erfolgt entgegen einem vom Gesetz, Sitte oder vom Inhaber der Hausgewalt erlassenen konkreten Betretungsverbot"[79]), welch letzteres freilich nicht formell zur Kenntnis gebracht sein muss, sondern es genügt, wenn der Verbotswille des Verfügungsgewaltinhabers zu präsumieren ist.

§ 4. Besondere Voraussetzungen.

Der Rundgang durch die wichtigsten Rechtsgütergruppen anhand der Aufzählung des § 26 thurg. St. G. hat uns zugleich den weiten Kreis der wehrhaften Güter aufgezeigt. Ist das Dulden des Angriffs auf ein solches seinem Träger nach der Rechts — und Sittenordnung[80]) nicht zuzumuten, ist mit dem Angriff auch seine objektive Widerrechtlichkeit als Notwehrvoraussetzung[81]) gegeben. Da, wie wir später eingehender dartun werden, der Angreifer Anspruch darauf hat, dass der Angegriffene die Grenzen der Verteidigung nicht überschreite, ist der Notwehrexzess ebenfalls rechtswidrig u. insofern Notwehr des Angreifers am Platze nicht aber, wenn er die Ueberschreitung in der Absicht wirksamster rechtmässiger Gegenwehr veranlasst, provoziert hat. Es verbleibt daher noch, in diesem Zusammenhang drei Begriffe zu skizzieren, die für die Frage der Rechtswidrigkeit des Angriffs, bezw. die Rechtmässigkeit der Abwehr von grösster Bedeutung sind:

1. Die Provokation des Angriffs. Aus der Rechtmässigkeit der Abwehrhandlung, gegebenenfalls also aus der straffreien Tötung des Angreifers könnte man folgern, man brauche den verhassten Gegner nur zu einem Angriffsversuch

---

[78]) Vgl. Bl. f. zür. R., Bd. 33 No. 168: Freispruch bei gewaltsamer Verwehrung des Eintritts gegenüber einem im Auftrag des Jugendamtes handelnden Polizisten!.

[79]) Bl. f, zür. R., Bd, 33 No. 153,

[80]) Notwehr gegen sittenwidrige Handlung: v. *Tuhr I*, S. 334.

[81]) Auf die hier bei der Frage nach der Erforderlichkeit ebenfalls subjektive Rechtswidrigkeit ihren Anfang nehmende Kontroverse über Notwehr gegenüber Angriffen unzurechnungsfähiger Lebewesen kommen wir im Verlaufe unserer Arbeit noch zu sprechen.

zu veranlassen, um ihn dann unter Berufung auf Notwehr unbehelligt niederknallen zu können. Diese Erwägung ist insofern richtig, als „die objektive Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht dadurch beseitigt wird, dass er vom Angegriffenen schuldhaft verursacht war“ [82]) und das Reichsgericht [83]) erkannte die Rechtmässigkeit der Tötung in Notwehr auch an, obgleich nachgewiesenermassen der Täter längst die Tötungsabsicht hatte und nur auf eine „günstige“ Gelegenheit wartete. Wenn allerdings der Angegriffene sich selbst schuldhaft und mit Absicht in den Notwehrzustand versetzt hat, wenn also der Angriff des Dritten Zweck und Beweggrund des Verhaltens des nachmals Angegriffenen war, hat letzterer zur Verletzung der seiner Verfügung unterstehender Rechtsgüter eingewilligt oder aber der provozierte Angreifer war lediglich mittelbarer Täter. Die Angriffshandlung ist durch die psychische Beeinflussung des Willens des Ausführenden vom Verletzten selbst hervorgerufen worden. Baumgarten [84]) unterscheidet je nach der rechtlichen Wertung des den Angriff hervorrufenden Aktes, setzt aber der Rechtswidrigkeit der Provokation, z. B. durch beleidigende Reden, das Sich-unnötig-dem-Angriff-aussetzen gleich mit dem Argument: „Der Empörung über das Unrecht wird nur freier Raum gelassen, wenn sie sich verbindet mit geeigneter Fürsorge für die Wahrung berechtigter Interessen“ und generalprävenierend, es sei „rationeller“, dem Provokanten die Aussicht auf Notwehr zu versagen. Nicht soweit geht Trüeb [85]). In Analogie mit der actio libera in causa verwirkt Selbstverschulden des Angriffs das Verletzungsrecht in Notwehr gegenüber dem Angreifer, es sei denn, dass kein anderer Rettungsweg mehr offen stehe [86]). Nun ist aber daran festzuhalten, dass der zum Angriff Reizende mit Verletzungsvorsatz die erste Handlung als Anfang der Kausalkette setzt, deren letztes Glied die eigentliche Verletzung unter dem Deckmantel der Notwehr sein sollte, er also ebenfalls Angreifer ist. Dazu genügt freilich nicht ein beliebiges Verhalten des Verletzten, das zufällig Ursache des Angriffs wurde: Die Provokation schliesst nur als dolose die Abwehrbefugnis aus, dann aber vollständig, soweit es sich um den tatsächlich in diesem Umfange provozierten Angriff handelt, nicht blosse Beschränk-

---

[82]) *Lobe*, N. 4 zu § 53.

[83]) RGStr. Bd. 60, S. 262.

[84]) *Baumgarten*, aaO. S. 123.

[85]) *Trüeb*, aaO. S. 44.

[86]) Diese Konstruktion der Subsidiarität des Abwehrrechts bei verschuldeter Notwehrlage ist interessant, aber mit Berufung auf „Billigkeit“ und „gute Sitten“ u. E. zu wenig fundiert.

ung auf die Fälle der Subsidiarität[87]). Häufiger dürften in der Praxis die Fälle sein, wo nicht der Angegriffene, sondern der zu „Nothilfe" gerüstete Dritte den Angriff wiederrechtlich veranlasst, herausfordert. Dass Notwehr des Angegriffenen zulässig ist, liegt auf der Hand. Ob auch Nothilfe des Provokanten? Einerseits ist es ein Unding, dass derjenige, der den Rechtsbruch, den Angriff, schuldhaft veranlasst hat, die Geste des gewaltsamen Verteidigers der Rechtsordnung als Ehrenmann in infamer Scheinheiligkeit soll führen dürfen. Auf der andern Seite kennt das objektive Strafrecht allenthalben den Rücktritt vom Versuch und die tätige Reue als Strafmilderungs- bezw. Strafausschliessungsgrund, z. B. Thurgau § 33, Abs. 1 u. 34[88]), die doch insofern eine Belohnung des Rechtsbrechers darstellen, als die psychische, willentliche Umstellung des Täters vom Verbrechen zum Rechttun präsumiert wird und diese Präsumption bei der Strafzumessung von Rechtes wegen Anwendung zu finden hat. Dann darf aber der Provokant auch nicht schlechter gestellt, noch seine Behauptung, er habe sich bei Ausführung des provozierten Angriffs „auf seine Pflicht besonnen" und ohne Falsch das Unrecht vom Dritten nach Möglichkeit abgewehrt, leicht zu widerlegen sein. Nur wenn strafprozessual genügliche Beweise vorliegen, dass der Angriff ausschliesslich darum herbeigeführt wurde, „um in der Rolle des Nothelfers den Angreifer verletzen zu können"[89]), kann der Rechtfertigungsgrund der Notwehr verweigert werden.

Das E. St. G. B. erwähnt die Provokation unter „Mildernde Umstände" in Art. 64[90]), wodurch ihre Berücksichtigung bei allen Deliktsformen ermöglicht wird, während die älteren Kodifikationen (kantonalen), z. B. Thurgau, sich an die Gliederung des Code pénal diesbezüglich anlehnen und die Provokation im speziellen Teil bei Tötung, Körperverletzung u. s. w. jeweils als Strafreduktionsgrund anführen[91]).

---

[87]) Für die Grenzziehung im Sinne des Textes auch *Oetker*, VD, aT. II. S. 271 f. — Befremdend weitgehend bei selbstverschuldetem Notstand im B.Str.R, gleich Notwehr, Bl. f. zür. R., Bd. 27, No. 4, S. 14. — Für das bernische Recht: *Krebs*, Komm., Anm. 5 zu Art. 52.

[88]) E. St. G. B., Art. 21.

[89]) *Baumgarten*, a.a.O., S. 125.

[90]) „ ... wenn Zorn oder Schmerz über eine ungerechte Reizung oder Kränkung den Täter hingerissen hat". — Nicht ganz verständlich ist, warum auf „ungerechte" Provokation nur fakultativ Strafmilderung einzutreten hat.

[91]) Code pénal fr. unter „Crimes et délits excusables": Art. 321 f. Thurgau § 59 Tötung infolge Reizung zum Zorne „ohne eigene Verschuldung", § 87, Körperverletzung, wobei „der Verletzte den Affekt durch Kränkungen oder tätliche Misshandlungen, zu welchen der Täter keine hinreichende Veranlaßung gab, selbst hervorgerufen" hat. — Griechenland und Hannover schlossen Notwehr bei absichtlich provoziertem Angriff ausdrücklich aus; vgl. Oetker, VD, aT. II. S. 312 und 325.

Der Gedanke, dass der Provokant sich wenigstens teilweise seiner Rechte begebe, kommt dabei in den alten Gesetzen deutlicher zum Ausdruck, wie denn auch nach § 87 thurg. Str. G. doppelte Reduktion einzutreten hat: Minderung für die Handlung im Affekt und Minderung der Strafe des gemilderten Rahmens fakultativ bis auf $^1/_3$ für die Provokation!

2. Die Subsidiarität der Notwehr.

Man hat aus dem Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche, ableiten wollen, dass der von einem den bisher erläuterten Voraussetzungen entsprechenden Angriff Bedrohte unter keinen Umständen auf die persönliche Abwehr zu verzichten habe. Iherings[92]) Vorwurf, wenn man in die Literatur des Notwehrrechts des vorigen Jahrhunderts hinabsteige, „möchte man glauben, in eine Gesellschaft sittlicher Kastraten versetzt zu sein", weil die „Erforderlichkeit" allzustark betont worden war, zeitigte den Erfolg, dass man für Strafgesetze, die an der Subsidiarität der Notwehr zugunsten der Abwehr durch geeignete staatliche Organe festhalten[93]), nur ein mitleidiges Lächeln hat. Und doch können selbst modernst sein wollende Abhandlungen[94]) ohne sie nicht auskommen; am allerwenigsten die Praxis. So führte der zweite Strafsenat des R. Ger. noch am 4. Mai 1932 zur Frage, ob der mit einem tätlichen Angriff Bedrohte sich darauf beschränken müsse, die Hilfe eines zur Abwehr fähigen und bereiten Dritten in Anspruch zu nehmen, aus: „Es lag... ein Ausnahmefall vor, indem dem Angeklagten zuzumuten war, die Hilfe des bereitstehenden S in Anspruch zu nehmen, die zur Abwehr eines erneuten Angriffs ausgereicht hätte"[95]). Noch weitergehend als die Subsidiarität zugunsten der Polizeigewalt ist die Ordnung mancher kantonaler Strafrechte[96]), Notwehr nur dann anzunehmen, wenn die Gefahr nicht durch andere sichere Mittel als durch Gewalt dem Angegriffenen erkennbar abgewendet werden konnte; praktisch handelt es sich hauptsächlich darum, ob, wenn Flucht möglich ist, zur Verteidigung geschritten werden darf. Dass eine schimpfliche Flucht dem Angegriffenen nicht nur um seiner Persönlichkeit, sondern um die Autorität des Rechtes willen nicht zumutbar ist, bedarf keiner Begründung. Hat man

---

92) Ihering, Kampf ums Recht S. 90.

93) z. B. Waadt, Wallis, Graubünden, Schaffhausen, Luzern und Obwalden, Stooss, Grundzüge, Basel 1892, S. 255,

94) siehe oben Anm. 85 betr. Trüeb, aaO. S, 44 und 66.

95) R.G.Str. Bd. 66. S.245. Kritik der früheren Praxis des R.Ger. bei *Oetker*, VD., aaO. S. 282 .— Aber auch Oetker, der Subsidiarität der Notwehr grundsätzlich ablehnt, sieht sich aus ethischen Gründen zugunsten Unzurechnungsfähiger, sowie des Kindschaftsverhältnisses zu Konzessionen genötigt. — Ebenso *Finger*, aaO. S. 470.

96) Nach *Stooss*, Grundzüge, S. 255: Waadt, Wallis, Freiburg, Genf, Bern, Aargau, Schaffhausen, Schwyz.

dagegen einem Angriff auszuweichen, wenn es ohne Minderung des Ansehens, überhaupt ohne Kompromittierung eigener oder nahestehender Interessen geschehen kann? Darf insbesondere von der Waffe Gebrauch gemacht werden, wenn durch Herbeiruf der Polizei der Angriff leicht und ohne besondere körperliche Nachteile für den Angreifer vereitelt werden könnte? In den Beratungen des Schweizer Entwurfes ist eindeutig festgestellt worden, dass die Notwehr, entgegen dem Notstand, nicht subsidiär, sondern absolut von „der allgemeinen Sicherheit und der Rechtsordnung geboten" ist.[97]) Es dürfte ferner schwierig sein, aus § 26, Abs. 1, thurg. Str. G. eine Subsidiarität herauszulesen, sodass, da auch die Praxis zu Art. 52, Abs. 1, OR. keine bezügliche Beschränkung kennt, diese Voraussetzung hier grundsätzlich ausser Betracht fallen könnte, wenn nicht der neuen Lehre, soweit mit den geltenden Gesetzestexten vereinbar, Rechnung getragen werden müsste. Darnach sind nicht durch Notwehr gedeckt jene Handlungen, die vorgenommen wurden, trotzdem dank genügenden Schutzes keine Verteidigung nötig war, sodann dort, „wo sich der Angegriffene ohne Preisgabe eigener Interessen, dem Angriff entziehen, ihm ausweichen kann", oder in der Formulierung des Reichsgerichts: Der Angegriffene hat eine Abwehr durch eine Handlung, welche gegen das Strafgesetz verstösst, zu unterlassen, wenn sich das Recht des Angegriffenen auf Schutz ohne Opfer an eigenen berechtigten Interessen dadurch verwirklichen lässt, dass er dem Angriff ausweicht.[98])

Wir hatten schon oben beim regional-thurgauischen Requisit der „Gewalttätigkeit" darauf hingewiesen, dass damit entsprechend der verschiedenen Fassbarkeit der geschützten Rechtsgüter als Angriffsobjekte die Ernsthaftigkeit und Heftigkeit, Intensität, des rechtswidrigen Angriffs gemeint sein muss, die zusammen mit der Unmittelbarkeit für den Angegriffenen auch objektiv betrachtet, also für jeden Dritten an seiner Stelle, eine Notlage schaffen, die regelmässig nur durch Verletzung des Angreifers behoben werden kann. Die Notwehrhandlung ist demnach bei diesen intensiven, ernsthaft gefährlichen Angriffen „erforderlich", bei Unfug z. B. aber nicht! Wichtig ist freilich dabei, dass die Erforderlichkeit nicht das eine Mal im Sinne der Subsidiarität als Voraussetzung der Notwehrbefugnis überhaupt dann wieder in dem der Proportionalität als Einschränkung einer in concreto

---

[97]) Vgl. die Voten der Referenten Zürcher und Gautier, Prot. II. Exp., K. Bd. I, S. 186. — *Reichel*, Die Notwehr im Strafgesetzentwurf, in S. J. Z. Bd. 23, S. 165 f. supponiert bei Art. 32 das Moment der Erforderlichkeit, um dann gegen diese Kumulation der Beschränkungen „Erforderlichkeit" und „Verhältnismäßigkeit" Sturm zu laufen.

[98]) *Finger*, aa O., S. 471; inhaltlich übereinstimmend schon *Baumgarten*, aaO., S. 126. A. M. z. B. *Frank*, Komm. Anm. II zu § 53; er gibt aber bereits zu, dass „die Konsequenzen der vertretenen Ansicht nicht unbedenklich" sind.

gegebenen Befugnis gefasst werde, worauf wir im Folgenden, diesen Abschnitt beschliessend, noch zurückzukommen haben.

3. Die Proportionalität zwischen Angriff und Verteidigung.

Sie gehört u. E. nur in den seltenen Fällen zu den eigentlichen Notwehrvoraussetzungen, wo das Recht selber sie insofern strikt vorschreibt, als es ausdrücklich die verteidigungshalber zu verletzenden Rechtsgüter den durch den Angriff gefährdeten gegenüberstellt, wie es im Code pénal fr. und seinen Nachahmungen geschieht. Wenn dem Angegriffenen die Notwehrverletzung dieser im Gesetz genannten Güter des Angreifers zum vorneherein unmöglich ist, scheidet Notwehr überhaupt aus wegen mangelnder Voraussetzung. Ueberall aber, wo, wie im thurgauischen Gesetz, die erlaubterweise zu verletzenden Rechtsgüter des Angreifers nicht erschöpfend, sondern als Beispiele aufgezählt sind, wird, auch wenn Verhältnismässig verlangt ist, das Notwehrrecht als solches nicht tangiert, sondern die Grenze der rechtmässigen Verteidigung. Grundsätzlich anders liegen die Verhältnisse beim Notstand: aus der Spezialnorm des Art. 701 Z. G. B. darf — ausnahmsweise — die Voraussetzung einer „qualifizierten Proportionalität" in die allgemeine und offensichtlich mangelhafte Regelung des Art. 52, Abs. 2 OR. hineininterpretiert werden [99]). Das E. St. G. B., Art. 34, bringt ein subjektives Moment der Proportionalität: ..." wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte", das gefährdete Gut preiszugeben, aber ebenfalls analog der Subsidiarität als Voraussetzung, denn wenn die Preisgabe zumutbar ist, entfällt der Rechtfertigungsgrund des Notstands gänzlich.

Für das thurgauische Strafgesetz kann die Verhältnismässigkeit als Notstandsvoraussetzung also abgeleitet werden: § 24, Lit. c., nennt als geschützte Güter nur die menschlich höchsten, „Leib und Leben", deren Gefährdung kaum anders abgewendet werden kann, als durch Notstandseingriffe in minder wertvolle oder dann gleichwertige Güter Dritter; in diesem Falle erübrigt sich daher die Kautel der Proportionalität.

---

[99]) *Trüeb*, aaO., S. 64.

II. Teil.

Das Notwehrrecht und seine Grenzen.

§ 5. Das Wehrrecht des Einzelnen.

I. Wesen und Zweck.

Wer sich auf das Notwehrrecht beruft, hat meistens lediglich den Schutz seiner höchsteigenen Interessen oder der ihm Nahestehenden im Auge und denkt jedenfalls kaum daran, einen Kampf des Rechts gegen das Unrecht auszufechten, als Beschützer der Rechtsordnung gegen den Angriff des Täters zu reagieren. Und doch scheint es uns, dass ausschliesslich diese dem Notwehrenden nicht bewussten Funktionen das Recht der Notwehr begründen in Abgrenzung von Notstand und Selbsthilfe. Wenn Trueb[1]) aus dem „Grundsatz der Unantastbarkeit der menschlichen Rechtssphäre" und dem der verbotenen Eigenmacht folgert, Eigenmacht müsse dort gestattet sein, wo ohne sie ein Recht sicher verletzt würde, unbekümmert um die Anrechenbarkeit des Angriffs zum Verschulden des Angreifers, einzig zur Ergänzung des sonst ungenügenden Schutzes der eigenen Rechtssphäre, übersieht er zwei wesentliche Faktoren:

a) Wenn im Verbot der Eigenmacht die Garantie der Rechtsverwirklichung liegt, ist es zum mindesten verfänglich, daraus zu schliessen, also müsse Eigenmacht jeweils bei unmittelbar drohender Rechtsverletzung gestattet sein! Statt dessen ist das Interesse der Gutsbewahrung im Umfang der von der Rechtsordnung festgesetzten Zuteilung unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung dieser Rechtsordnung durch Bekämpfung des Unrechts[2]) das rechtfertigende Moment, ob sich der Notwehrende dieser weiteren Funktion der Abwehrhandlung bewusst ist oder nicht. Die Rechtsordnung selbst hat das durch die Verteidigung zu verletzende Rechtsgut mit dem widerrechtlichen Angriff seines Trägers relativ ausserhalb des Rechtsschutzes gestellt. Die Rechtsstellung des Angreifers ist die verhältnismässiger Friedlosigkeit, welche Institution sich unverkennbar aus dem alten deutschen Recht herübergerettet hat, in OR. Art. 52, Abs. 1, und B. G. B. § 227 sogar noch prägnannter, als in den Strafgesetzen.

---

[1]) aaO., S. 10 f.

[2]) *Oetker*, in Festgabe für Frank, zit. bei Lobe, Einf., S. 34

b) Im Sinne der psychologischen Zwangstheorie wirkt wahrscheinlich die Furcht vor der Pistole oder dem Hund des Besitzers stärker auf den Einbrecher, als der Gedanke an die spät nachhinkende Strafe, der zu entgehen er regelmässig hofft[3]), und insofern dient das Notwehrrecht des Einzelnen nicht nur der individuellen Rechtssphäre, sondern auch dem Rechte als wertvollstem Gute der Volksgemeinschaft; während er lediglich seine Interessen zu schützen wähnt, stellt er sich meist ungewollt aktiv in den Schutz der Rechtsordnung, welchen „Erfolg" der Abwehrhandlung die Rechtsordnung bei der Beurteilung in Rechnung stellt.[4])

Wenn wir weiter nach dem Wesen des Notwehrrechtes forschen, fällt uns nicht nur die äussere Wahrnehmung auf, dass selbst der friedfertigste unverbrauchte Volksgenosse das Verteidigungsrecht sich einfach nicht nehmen lassen will, sondern auch sein inneres Argument, eigene Güter zu opfern könne ihm nur zugemutet werden unter der Bedingung, entweder, dass der Staat, der die Zumutung macht, als Garant für den Schaden aufkomme, bezw. das Gut vor dem Angriff sichere, oder aber, dass alle Güter jener Art bedroht seien, damit nicht durch den Einzelangriff, der untätig in Kauf genommen werden müsse, eine eklatante Rechtsungleichheit geschaffen werde. Seine drohende Benachteiligung gegenüber den andern Rechtsgenossen, gegen die sich kein Angriff richtet, lässt dem Notwehrer sein Recht, diese Verbindung des Individualinteresses mit dem Anspruch an die austeilende Gerechtigkeit, jedem das Seine zu gewähren, bezw. zu gewährleisten, voll zum Bewusstsein kommen. Weil der Staat letzten Endes um den Bundesgenossen im Kampf ums Recht froh sein muss, muss er u. E. auch jene unerbittliche Alternative: entweder wirksamer staatlicher Schutz oder Selbsthilfe i. w. S. im Gesetz verankernd anerkennen. Schließlich ist ja die gefühlsmässige Streitlust im Kampf ums Recht „urgesund", der „Nerv", der einer Gesetzgebung Lebenskraft gewährt[5]).

Schon eingangs dieser Arbeit hatten wir Gelegenheit, auf Ciceros „non scripta, sed nata lex", auf das „Urrecht der Menschen" hinzuweisen, von dem, um mit Ihering[6]) zu reden, „die römischen Juristen naiv genug waren zu glauben, dass es in keinem Rechte der Welt versagt sein könne". Wir gedenken freilich nicht, aus der Tatsache des Allbekanntseins des Instituts der Notwehr — als Naturrecht in der Benennung der klassischen

---

[3]) *Jung, D.*, Rechtsphilosophie, in N. S. Handbuch, S. 63; ebenso *Baumgarten* aaO. S. 100

[4]) *Oetker*, N. S. Str. R.-Reform, aaO. S. 1341; *Lobe*, Einf., S. 34

[5]) *Baumgarten*, aaO., S. 100/101

[6]) *Jhering*, aaO., S. 89

Schule — zu folgern, das, was von Juristen und übrigen Gewährsmännern über Begriff und Zweck der Notwehr im Wandel der Zeiten mehrheitlich überliefert wurde, könne als historisch verbürgter Wesensgehalt, als Richtschnur ihres Zweckes gewertet werden! Leider scheint auch hier mit der Ueberhandnahme der Publikationen das Wissensgebiet eher verdunkelt worden zu sein. Was aber bei einem historischen Rückblick unsere Darlegungen vorteilhaft zu illustrieren vermöchte, wären die zahlreichen Hinweise auf ein mehr oder weniger ausgebautes Notwehr-Recht, auf das „... jure caesus esto" der XII Tafeln, das „vim vi defendere omnes leges permittunt" der Digesten, auf das „Besser Recht ist Leibes Not als Herren Gebot" [7]), auf das „... delictum omnino aufert" des kanonischen Rechts [8]), während wir Umschau haltend bei den kantonalen Kodifikationen die betrübliche Feststellung machen, dass allenthalben, auch im Bundesstrafrecht und im thurg. Str. G., die Straflosigkeit im Vordergrund steht und nur wenige[9]) von einer Berechtigung o. ä. sprechen. Ob schon vor zwei Jahrtausenden der Gedanke sich durchsetzte, dass der normale Mensch aus seiner seelischen Art heraus die ein bestimmtes Mass überschreitende Schädigung seitens seines Friedensgenossen nicht mehr ruhig hinnimmt in der Hoffnung auf spätere Wiedergutmachung und staatliche Strafe? Jedenfalls gibt Jung [10]) die beruhigende Prognose, auch in der anarchistischen Konventionalgemeinschaft würde die Notwehr als Tatsache des Gemeinschaftslebens auftreten, „ganz ohne Rücksicht darauf, ob denn auch im Gesellschaft begründenden Vertrag dieser Fall vorgesehen war". Mögen in jüngster Zeit Nationen mit stark ausgeprägtem Staatsideal und -Apparat in der Toleranz des Notwehrrechtes als primärer Anspruch des Bürgers unabhängig vom Staat eine Gefahr für das herrschende System sehen — Russland kennt z. B. „eine Erweiterung" des Begriffs der Notwehr zum Vorteil des Staates [11]) — die Auffälligkeit dieser Ausnahmen bestätigt nur die überall sich geltend machende Tendenz der Respektierung eines durch alle Stürme der Geschichte sich selb-

---

[7]) *Graf*, Deutsche Rechtssprichwörter, Nördlingen 1864, No. 545

[8]) C. J. Can. 2205 § 4

[9]) Nach der Zusammenstellung bei Stooß, aaO. S. 80 f: Neuenburg, Appenzell A/Rh., Genf, Basel, Schaffhausen

[10]) a. a. O. NS.-Handbuch S. 64

[11]) § 9 der Grundsätze der Strafgesetzgebung der SSSR. sieht Sozialmaßnahmen gegen den die strikte Erforderlichkeit und Güterabwägung übersehenden Notwehrer vor, dagegen werden diese Maßnahmen „nicht auf Personen angewendet, die die durch die Strafgesetze vorgesehenen Handlungen begangen haben, wenn das Gericht feststellt, daß diese Handlungen lediglich im Zustande der notwendigen Verteidigung gegen Angriffe auf die Sowjetregierung und die revolutionäre Ordnung begangen sind" (!) — Uebersetzung von Freund, Berlin 1925

ständig hindurchgeretteten und oft genug mit elementarer Wucht gegen Staatshypotrophie sich auflehnenden Notwehrrechts. So kann es denn auch nicht befremden, dass die neueren Fassungen der einheimischen Strafgesetze auf dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr abgestimmt sind: E. St. G. B., Art. 33 „... ist berechtigt..", Freiburg Art. 20„.. a le droit de repoussser..", Waadt (1931) Art. 23. „.. légitime et non punissable".

Wir können also das Wehrrecht an Hand der v. Liszt'schen [12]) Begriffsbestimmung der Notwehr [13]) in Berücksichtigung der im 2. Abschnitt gemachten Vorbehalte definieren als von der Rechtsordnung gebilligte Verordnung des Angreifers in geeigneter und notwendiger Verteidigung gegen einen ernsthaften unmittelbaren rechtswidrigen Angriff.

Der Zweck des Notwehrrechts kann nun, trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit des „Urrechts" vom Staat nur im Zusammenhang mit dem Zweck der staatlichen Gesetzgebung, die ihm ja auch den entsprechenden exponierten oder bescheidenen Platz im Straf- und Zivilrecht einräumt, festgestellt werden. Hold v. Ferneck [14]) hatte auf die Verwandtschaft zwischen Notwehr und Strafe hingewiesen und trotz aller Anfeindungen, insbesondere wegen dem Erfordernis nicht nur objektiver sondern auch subjektiver Rechtswidrigkeit des Angriffs als Voraussetzung einer Notwehr mit Strafcharakter, wird auch heute noch gelegentlich die öffentliche Strafe nur als eine andere Erscheinungsform desselben Notwehrrechts angesehen, und zwar, wie Jung [15]) — die Richtigkeit jenes gemeinsamen Ausgangspunktes vorausgesetzt — treffend bemerkt, „eine wesentliche Milderung dieses". Für das neue deutsche Recht ergibt sich diese Argumentation geradezu zwangsläufig. Ist das subjektive Strafrecht durch die Ersetzung des Grundsatzes" nulla poena sine lege" durch „nullum crimen sine poena" von den Bedingungen des Buchstabens des

---

[12]) *Liszt-Schm.*, Lehrbuch, S. 193

[13]) „Notwehr ist die zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderliche Verteidigung durch Verletzung des Angreifers."

[14]) Siehe b. Baumgarten, aaO. S. 99 f.

[15]) aa O. S. 64

[17]) So bietet z. B. das G. zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. Dez. 1934 die Möglichkeit, Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, i. b. Exmissionen aufzuheben, zu untersagen oder auszusetzen, wenn das Vorgehen des Gläubigers gegen den Schuldner „als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte" zu werten ist, und die amtliche Erläuterung erwähnt als typischen Fall, daß die „Vollstreckung gerade durch einen plötzlich beim Schuldner eingetretenen Notstand (Krankheit u. drgl.) erst zu einer groben Unbilligkeit werden" könne, die eine Unterbrechung der Durchführung einer bereits begonnenen Vollstreckung rechtfertige. *Hoche.* Kab. Hitler, Heft 11, S. 173 f; vergl. hiezu Text auf der folgenden Seite.

Strafgesetzes einmal befreit und die Norm ad hoc dem „gesunden Volksempfinden" entnommen, liegt es gewiss ebenso nahe, das Notwehrrecht ebenfalls diesem gesunden Volksempfinden entspringen zu lassen[17]). Dieser in solcher Vormachtstellung neuartigen Strafrechtsquelle werden wir bei den Beschränkungen wieder begegnen. Hier fragt sich nur, ob wir auf diesem Boden ebenfalls bauen können. Wir bejahen, denn Rechtsgüterschutz ist der Zweck des Rechts und Notwehr hat die beiden Zweckfunktionen, das nüchterne Individualinteresse zu verteidigen und ideell im Dienste der Rechtserhaltung zu wirken. Wie die Billigkeit verbietet, formal zustehende Rechte unter besonderen Umständen geltend zu machen, kann die gesunde Volksanschauung einem an sich — nach Strafgesetz — gegebenen Notwehrrecht Schranken setzen, kann auch Quelle der Notwehrbefugnis sein im Sinne der materiellen Unrechtslehre, soweit nicht die Lex scripta, die positive Norm ihr Veto einlegt. Allerdings darf der Notwehrzweck zwar mit dem Zweck der Rechtsordnung als Ganzem, nicht aber mit dem speziellen Strafzweck koordiniert werden, weil der Letztere nach geltendem bzw. modernem Recht ausschliesslich auf das Verschulden abstellt, die Strafe in möglichst genauer Proportion zur Schuld zu stehen hat, während der Notwehrstand wohl die Rechtswidrigkeit des Angriffs, nicht dagegen — grundsätzlich — das Verschulden des Angreifers zur Voraussetzung haben muss[18]). Wohl aber liegt in der Strafe wie in der ideellen Funktion der Notwehr gleichermassen ein Gedanke der Reprobation des Unrechts, hier der Verletzung einer Rechtssphäre, die der Verletzte rechtlich nicht zu dulden braucht, dort der inneren Rechtswidrigkeit, des zurechenbaren normwidrigen Verhaltens.

II. Die Legitimation zur Notwehr.

Die Formulierung: „Wer, um sich oder andere.." hätte kaum weiter gefasst werden können. Demnach wäre aktiv-legitimiert jeder Zeuge des durch Erfüllung der Voraussetzungen charakterisierten Angriffs, der direkt Betroffene, wie der Zuschauer, mögen sie sich in was immer für einer Lage, gesellschaftlichen Stellung, verwandtschaftlichen Bindung u. s. w. befinden. Bereits hier sind jedoch sehr wesentliche Vorbehalte anzubringen.

a) Kinder gegenüber ihren Eltern als Angreifern haben nur unter besonderen Kautelen ein Notwehrrecht.

---

[17]) Diese Anmerkung figuriert auf S. 34.

[18]) Dies nur in großen Zügen. Daß das Verschulden auf Seite des Angegriffenen relevant ist, wurde bereits ausgeführt; vgl. dazu auch Bl. f. zür. R., Bd. 27, No. 4, S. 14; ebenso kann sich Art und Maß der Verteidigung nach der Intensität des Verschuldens zu richten haben.

Vorweggenommen sei, dass eine Züchtigung seitens der Eltern nicht unter Berufung auf Notwehr abgewendet werden darf, auch wenn sie einen bewussten Eingriff in an sich geschützte Persönlichkeitsrechte des Kindes bedeutet und von diesem als ungerecht oder wenigstens übertrieben betrachtet wird, weil die Voraussetzung des rechtswidrigen Angriffs mangelt, da das Züchtigungsrecht als Ausfluss der elterlichen Erziehungs- und Zuchtgewalt nur in den seltenen Fällen grober, pflichtvergessener, unpädagogischer, objektiv gesundheitsschädlicher Vorkehren überschritten und diese Ueberschreitung zum Unrecht wird. Aus Pietäts- d. h. sittlichen Gründen haben Kinder auch dann, wenn eine solche Befugnis die Handlungen der Eltern nicht rechtfertigt, insofern kein Notwehrreht, als ihnen die Vereitelung des Angriffs durch andere Mittel als Abwehr, z. B. Flucht, möglich ist und ihre Interessen nicht kompromittierender sind, als der elterliche Angriff selbst. [18a]) Es wäre unbegreiflich, dem Kinde, das nach Art. 275 Z. G. B. den Eltern Gehorsam und Ehrerbietung schuldet, das trotz seinem erwachenden Ehrgefühl von ihnen „notwendige" Züchtigungen entgegenzunehmen hat (Art. 278), ohne dass normalerweise die Eltern den Kindern oder einer Behörde darüber Rechenschaft zu geben haben, zum vorneherein die Alternative auf Beschwerde bei den vormundschaftlichen Behörden gemäss Art. 283 Z. G. B. oder direkte Notwehr in die Hand zu geben [19]). Nicht dazu haben sich alle modernen Gesetzgeber grösste Mühe gegeben, durch öffentliche Kontrolle der Erziehungsverhältnisse, durch einwandfreie Verwahrungsanstalten, durch Strafschärfungen bei sittlichen Angriffen auf Minderjährige, durch besondere Tatbestände bei gewissenloser Vernachlässigung der Elternpflichten u. s. w. dem gesteigerten Schutzbedürfnis des unentwickelten Menschen Rechnung zu tragen, dass dieser sich gleich einem im selbständigen Lebenskampfe stehenden Vollverantwortlichen als „Kämpfer ums Recht" primär der Notwehr bediene! Wäre es nicht gefährlich, dem minderjährigen Kinde, an dessen Rechtsverstösse regelmässig keine oder nur geringe Nachteile geknüpft sind, diese Waffe ohne weiteres zu überlassen? Wer sich am Kampfe ums Recht beteiligen will, muss nicht nur Träger von Rechten sein, sondern auch fähig, im Rahmen der Rechtsordnung darüber zu verfügen. Dies gilt für alle Jugendlichen, wie sie den auch als unzurechnungsfähige, bzw. nicht voll zurechnungsfähige Angreifer einer besonderen Erwähnung noch bedürfen.

[18a]) Ebenso fordert *Oetker*, V.D. aaO. S. 283, Subsidiarität „im Hinblick auf unbedingt heilig zu halten des Pietätsverhältnis"; einen „Schimpf" enthalte hier die Flucht kaum jemals.

[19]) Nach *Silbernagel*, N. 21 zu Art. 283 muß sogar der Staat, wenn er — wegen anarchistischer Verhetzung der Kinder durch die Eltern — „aus eigener Notwehr zum Einschreiten gezwungen ist", den gesetzlichen Weg wählen.

Aber auch das volljährige normale Kind hat den Eltern gegenüber nicht nur nötigenfalls Unterstützungspflichten, sondern nach wie vor die Pflicht zur Ehrerbietung; mit dieser Ehrerbietung würde sich die Anmassung des Notwehrrechtes ohne wenigstens peinliche Güterabwägung und Berechnung anderer Möglichkeiten der Vereitelung des Angriffs nicht vertragen [20]).

b) Notwehr gegen militärische Vorgesetzte u. Untergebene.

Nicht dass politisch gefärbte Regierungserklärungen als massgebliche Interpretation des Strafgesetzes aufzufassen wären! Und doch verblüfft die Offenheit, mit der Léon Blum unlängst das Eingreifen der Mobilgarde desavouierte: „J'estime que pour une troupe commandée, le droit de légitime défense ne doit pas exister" [21]), als ob die Menschen einer solchen Truppe auf Gnade und Ungnade dem einsichtigen guten Willen ihrer Vorgesetzten ausgeliefert wären! Geht man auch aus von der Verbindlichkeit sogar des rechtswidrigen Befehls, von der unumgänglich notwendigen Disziplin und Unterordnung, überhaupt vom Primat der militärischen Interessen, gelangt man wohl zu einer scharfen Beschneidung, nicht aber zu einer völligen Unterbindung des Notwehrrechts.

Im neuen deutschen Recht wurde auch dem Untergebenen ein beschränktes Notwehrrecht gegenüber dem Vorgesetzten in praxi zuerkannt, während das Abwehrrecht des Vorgesetzten in § 124 DMStGB ausdrücklich statuiert ist [22]). 1935 hatte das Reichsgericht Gelegenheit, die beiden ungleich gelagerten Notwehrrechte zu präzisieren. Das eine Mal [23]) führte es aus, der von untergebenen SA am Abend des 30. Juni 1934 angegriffene Standortführer war „berechtigt und verpflichtet, das Ansehen und die Belange der in ihm verkörperten und durch ihn vertretenen Befehlsgewalt zu verteidigen" und in Berufung auf die Dienstordnung zur Abwehr eines tätlichen Angriffs auch die Waffe gegen den Untergebenen zu gebrauchen. Den andern Fall [24]) erledigte es mit folgender rechtlicher Begründung: „Auszugehen ist immer davon, dass grundsätzlich auch dem Untergebenen das Notwehrrecht, das natürliche Recht der Verteidigung des Rechts gegen einen gegenwärtigen Angriff des Un-

---

[20]) Eine klare, wenn auch entgegengesetzte Stellungnahme zu unserer Frage fanden wir nur bei *Jone*, kathol. Moraltheologie, Paderborn 1936, S. 172: Wenn der Angreifer ein Aktualis und injustus agressor ist, „dann ist die erwähnte Verteidigung auch gestattet gegen Eltern, Vorgesetzte, Kleriker".

[21]) Journal de Genève 24. 3. 37.

[22]) vgl. *Rittau*, M. St. G. B. erläutert, Berlin 1935, N. 4 zu § 124.

[23]) R. Ger. Str. Bd. 69, S. 179.

[24]) R. Ger. Str. Bd. 69, S. 265.

rechts zusteht und dass die Beschränkungen — infolge der besonderen Bedürfnisse der Wehrmacht und der Rücksicht auf die Erhaltung der Manneszucht — Ausnahmen sind, die keine weite Auslegung erlauben. Der Soldat darf demnach den Vorgesetzten im Notwehrfall nur angreifen, wenn kein anderes Mittel mehr vorhanden oder ihm die Anwendung eines anderen Mittels nach der ganzen Sachlage ohne Preisgabe berechtigter Interessen, namentlich auch mit Rücksicht auf seine soldatische Ehre, trotz der Achtung vor der Stellung des Vorgesetzten, nicht zuzumuten ist."

Für das schweizerische Recht ist wichtig, dass das neue Militärstrafgesetz von 1927 in Art. 25 die Notwehrbestimmung des SRE, Art. 32, ohne Aenderung übernommen hat, sodass grundsätzlich für Vorgesetzte wie Untergebene ein Notwehrrecht gewährleistet ist. Dass dieses freilich dem Untergebenen nur bei erschwerteren Voraussetzungen zustehen kann, ergibt sich schon aus der Diskrepanz der Strafdrohungen bei Art. 62 (Tätlichkeiten gegen Vorgesetzte) verglichen mit Art. 71 (Gefährdungen und Tätlichkeiten gegen Untergebene). Es ist nicht gleichgültig, ob der Angreifer oder der Angegriffene mit verbindlicher Befehlsgewalt ausgestattet, ob der Angegriffene von vorneherein der Norm der militärischen Unterordnung zu gehorchen hat und dafür bei Ausführung rechtswidriger Befehle, die seine oder eines Dritten Rechtssphäre verletzt, die Abwälzung der Schuld auf den befehlenden Vorgesetzten geltend machen kann (Art. 18 MStG), oder ob er in der militärischen Organisation eine gegen oben wie unten verantwortliche Charge bekleidet und er daher, vermutlich im Einverständnis mit seinen eigenen Vorgesetzten, die militärischen Belange und die Zumutungen an die Untergebenen für die Verwirklichung jener objektiver zu beurteilen vermag.

c. Notwehr gegen Unzurechnungsfähige.

Die Produktivität einer tiefschürfenden Literatur über diese Frage steht in einem argen Missverhältnis zur praktischen Bedeutung. Freilich sind die Ausführungen hier, als Folgerungen oder Prämissen, meistens polemischer Natur, indem entweder aus ethischen Gründen, „billigerweise", der unzurechnungsfähige Angreifer a priori strikte Proportionalität vom Notwehrer zu beanspruchen habe und daher jene Beschränkung des Notwehrrechts prinzipiell anzuerkennen sei, oder aber, indem umgekehrt aus der Notwendigkeit einer unbehinderten Notwehrmöglichkeit gegenüber Unzurechnungsfähigen auf den mangelnden Strafcharakter des Instituts, auf das Abstellen allein auf die objektive Rechtswidrigkeit der drohenden Güterverletzung und damit auf die Möglichkeit der Einbeziehung auch der Tierangriffe unter Ablehnung aller Schuldmomente als Voraus-

setzung geschlossen wird [25]). Mit solchen weitausgreifenden und alle Fälle der Unzurechnungsfähigkeit über einen Leist ziehenden Folgerungen wird man aber dieser Kategorie nicht gerecht. Anhand eines neueren Falles [26]) sei die Notwendigkeit einer Differenzierung dargelegt: Der starke A. wird nachts von dem offensichtlich betrunkenen schmächtigen Bekannten, B., burschikos angesprochen und als A. auf die „Begrüssung" nicht reagiert, von dem zudringlichen Betrunkenen am Rocke gefasst; A. will ihn abschütteln, wirft die Arme auseinander, trifft den schwankenden B., der gegen ein Gartenpostament taumelt und sich schwer verletzt. Das zürcherische Obergericht hatte angenommen, dass wenn dem A. die „täppische und dumme Zudringlichkeit lästig geworden" sei, das noch keinen notwehrbegründenden Angriff bedeute. Das Kass.Ger. nahm Notwehr an und sprach von der Anklage wegen fahrlässiger Körperverletzung frei hauptsächlich mit der Begründung, fahrlässige Abwehrhandlungen könnten nicht strafbarer sein als vorsätzliche und schliesslich sei die Frage vom Standpunkt des (seriösen, nüchternen) Angegriffenen und nicht dem des (betrunkenen) Angreifers aus zu würdigen!

Wäre B. ein der Anstalt entwichener, gewalttätiger Irrer gewesen, müsste man im Auseinanderwerfen der Arme allerdings einen „ausserordentlich sanften Abwehrakt" erblicken, wogegen z. B. die Substituierung eines Senil Dementen an B.'s Stelle doch wohl — Kenntnis der Ungefährlichkeit dieses Krankheitstypus bei A. vorausgesetzt — schonendere Zurechtweisung oder gar Anteilnahme erfordert hätte.

Nehmen wir schliesslich als Angreifer des achtbaren A. einen elfjährigen Strassenjungen, der kurz vor dem Vorbeigehen A.'s einen sogenannten Kanonenschlag, dessen gefährliche Wirkung nur reiferen Leuten bekannt ist, anzünden will. A. droht unzweifelhaft ein vorsätzlicher — dolus eventualis s. indeterminatus! —, wenn auch nicht beabsichtigter Angriff auf seinen kostbaren

---

[25]) Am summarischsten geht *Trüeb*, aaO. S. 15/16 vor: Weil der Zweck der Notwehr darauf gerichtet sei, einen Eingriff in die Rechtsgütersphäre abzuwehren und dieser Eingriff „gerade so gut von einem Wahnsinnigen wie von einem andern Menschen ausgehen" könne, ergebe sich die (vorbehaltlose) Notwehrbefugnis gegenüber Unzurechnungsfähigen. *Trüeb* operiert ausschließlich mit „Wahnsinnigen" aus dem Wesen der Notwehr!

Liszt-Schmidt, Lehrbuch, S. 194, Anm. 4, nennt Reichels Vorschlag, dem schuldlosen Angreifer gegenüber Einschränkungen des Notwehrrechts zu statuieren, „bedenklich"! Gemäß den schroffen Konsequenzen der objektiven Unrechtslehre muß Notwehr gegen Angriffe Strafunmündiger und Geisteskranker ohne Einschränkung möglich sein. Warum er die übrigen Fälle mangelnden Verschuldens, z. B. Trunkenheit, ohne actio libera in causa nicht erwähnt, ist unklar.

[26]) Bl. f. zür. R., Bd. 29, Nr. 54.

Anzug, vielleicht gar auf seine körperliche Jntegrität. Mit einem wohlgezielten Schuss in die das Streichholz haltende Hand des Kindes den Angriff abwehren, etwa weil wegen dem herrschenden Lärm ein Warnruf zwecklos wäre, hiesse nun doch einen Menschen, der noch nicht wissen konnte, was er tat, bewusst für sein ganzes Leben unglücklich machen! Und dabei soll das keine ungerechte Strafe sein!

Wir müssen jenen Autoren Dank wissen, die ob der begreiflichen modernen Tendenz auf konsequente Anwendung gewonnener rechtlicher Grundsätze und Unterscheidungen, auch bezüglich Rechtswidrigkeit und Schuld, die Ethik und das Volksempfinden nicht vergessen haben! „Die Volksstimme wird immer den Totschläger nennen, der den traurigen Mut hatte, dem Angriffe eines Geisteskranken ohne Not sich zu stellen und den Armen niederzustechen", schreibt Oetker[27]) und Baumgarten[28]) erinnert daran, wie selbst viele Anhänger eines sehr weitgehenden Notwehrrechts anerkennen, „dass man gegen schuldlose Angriffe nicht in der gleichen schneidigen Weise sich verteidigen darf, wie gegen schuldhafte". Und schliesslich, um einen unserem Rechte Näherstehenden zu nennen, H. Reichel[29]): „Den schuldlosen Angreifer darf und soll man milder behandeln. Nicht so zwar, dass man hier die Notwehr überhaupt ausschlösse, denn sein Tun bleibt rechtswidrig, wohl aber dergestalt, dass man hier gewisse Schranken zieht".

Zweckmässig sowohl hinsichtlich der Ursache und der Intensität der pathologischen Erscheinungsform der Unzurechnungsfähigkeit, wie bezüglich der Konsequenzen scheint uns eine Aufteilung dieser heterogenen Kategorie von Rechtsgenossen in drei Gruppen:

aa. Strafunmündige, Idioten und Senil Demente:

Strikte Subsidiarität muss hier Regel sein und nur wenn kein anderer Ausweg offen ist, kann Verletzung in Abwehr bis zur Proportionalitätsgrenze gerechtfertigt sein. Es ist kaum denkbar, dass bei dieser Gruppe den natürlichen Kindern und denen, die Zeit ihres Lebens Kinder geblieben oder im Alter geworden sind, folgenschwere Abwehrmittel erforderlich, überhaupt das Ausweichen und Veranlassen besserer Obhut seitens der Verantwortlichen unmöglich oder nicht zumutbar wäre.

---

[27]) VD., a. T. II: S. 266

[28]) aaO. S. 103

[29]) aaO. S. 167

bb) Uebrige die Zurechnung gänzlich ausschliessende pathologische Zustände.

Nur in Ausnahmefällen, etwa bei manisch-depressivem Irresein, bei Epilepsie und Alkoholwahnsinn[30]) kann der Kranke in Tobsucht der Umgebung gefährlich werden. Es wäre aber eine Ungerechtigkeit, in jedem Irrenhausinsassen oder -Kandidaten einen Amokläufer zu vermuten, dessen raschestens sich zu entledigen man der Mitwelt schuldig sei. Subsidiarität, auch mit Inkaufnahme jeder wirklichen Fluchtmöglichkeit, im Behinderungsfalle allerdings unbeschränkte Notwehrbefugnis, dürfte das Gegebene sein.

cc. Psychisch oder moralisch Defekte, sowie solche, die sich absichtlich in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit versetzten.

Die Ersteren zählt man zu den Vermindertzurechnungsfähigen, die Letzteren lässt die Gesetzgebung nach den Grundsätzen der actio libera in causa voll für das im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit verübte Unrecht einstehen. Bei beiden ist die Zurechnung ihres Verhaltens zum Verschulden wenigstens in beschränktem Masse nach herrschender Anschauung gegeben und es besteht keine Veranlassung, dem Notwehrer zuzumuten, in seiner Empörung über den schuldhaften Angriff seine Abwehr von Billigkeitserwägungen leiten zu lassen, die dem Strafrichter fremd wären.

Der Einwand, der dieser Abstufung entgegengehalten werden könnte, es sei ausgeschlossen, den Angreifer zuerst auf seinen Geisteszustand zu untersuchen[31]), verfängt insofern nicht, als ja der Angegriffene, um mit Baumgarten[32]) zu sprechen, „wenn er nicht in vorwurfbarer Weise den Angreifer zu hart angefasst hat, sich auf mangelndes Verschulden berufen" kann. Mit unserer Spezifizierung der Unzurechnungsfähigen, die weder Anspruch auf psychiatrische Systematik, noch auf Vollständigkeit erhebt, sollte nur dargetan sein, dass die Ursache und Art der Behinderung im Gebrauch der Fähigkeiten und der Grad des Verschuldens trotz allen Anfeindungen für die Umgrenzung der Notwehrbefugnis relevant ist.

---

[30]) Details bei Bleuler.

[31]) *Trüeb*, aaO. S. 15; ähnlich *Frank*, Kommentar, Anm. I ,2: „Rein praktisch genommen ist es dem von einem Menschen Angegriffenen meist kaum möglich, dessen Schuld zu prüfen."

[32]) aaO. S. 104 in Anlehnung an Hold von Ferneck.

III. Die Nothilfe.

Nach diesen besonders in die Augen springenden Vorbehalten zur allgemeinen Notwehrlegitimation, wie sie für das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern durch die Natur selbst, für die militärische Ueber- und Unterordnung durch den rationellen Selbsterhaltungswillen des Staates, und für die Beziehungen der normalen erwachsenen Gesellschaftsglieder zu den Unzurechnungsfähigen durch die Ethik bedingt sind, noch ein ebenfalls einschränkender Hinweis bezüglich der Nothilfe.

Wie schon angedeutet, geht in allen schweizerischen Strafgesetzen parallel zur Notwehr i. e. S. die Befugnis, rechtswidrige Angriffe auch von andern abzuwehren. Jeder darf zur Abwehr des Unrechts auf die Seite des Rechts treten. Uns scheint, dass gerade darin eine Betonung der Entrüstung über das im Angriff liegende Unrecht zu erblicken ist, weil sonst der Staat, der die Selbsthilfe mit wenigen Ausnahmen zu unterbinden sich genötigt sah, kein Interesse hätte, unbeteiligte Dritte „unabhängig vom Willen des Angegriffenen“[33]) mit Gewalt sich gegen den Angreifer wenden zu lassen, ohne Gefahr zu laufen, auch nur zivilrechtlich für ihre in Nothilfe begangenen Verletzungen aufkommen zu müssen. Darum auch die selbstverständliche Teilnahme jedes mutigen Rechtsfreundes an der Abwehr eines schuldhaften Angriffs, darum aber auch das spontane Zögern, wenn schuldlose Angriffe den direkt Bedrohten vielleicht noch zu empören vermögen! „Lässt man gegen den rechtswidrigen Angriff schlechthin jede erforderliche Verteidigung zu, dann wird es unabweisbares Bedürfnis, wenigstens der Nothilfe Schranken aufzuerlegen“[34]). Dies scheinen die Verfechter der ausschliesslich objektiven Unrechtslehre, die den Zweck des Notwehrrechts im Schutze der eigenen Rechtssphäre sehen, nicht beachtet zu haben.

Es wurde bereits bei den gefährdeten Rechtsgütern ausgeführt, dass der Notwehrstand den Angriff auf das Rechtsgut eines bestimmten Trägers, einer physischen oder juristischen Person zur Voraussetzung hat. Die ideelle, verbrechenhindernde Funktion des Nothelfers ist dort nicht am Platze, wo einfach die Verletzung staatlicher Normen droht, ohne dass ein anderer Träger angegriffener Rechtsgüter, als eben der Staat mit seinem Interesse am Unterbleiben jeder Missetat, vorhanden ist. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Zweck der Notwehr mit ihrer doppelten Funktion. Nicht einmal der verfassungsmässige Hüter der Ordnung hat die Befugnis, in jedem Fall mit den „erforderlichen“ Mitteln relativ leichte Delikte zu verhin-

---

[33]) So Oetker, VD., a. T. II, S. 290.

[34]) *Baumgarten* aaO. S. 118.

dern und es ist sogar bestritten, ob nicht Nötigung zur Unterlassung einer strafbaren Handlung schlechthin widerrechtlich sei [35]).

[35]) *Lobe*, Anm. 2 d zu § 53; *Frank*, Anm. IV zu § 240; *Baumgarten*, aaO. S. 98.

§ 6. Die speziellen Beschränkungen des Notwehrrechts nach § 26 u. 28 thurg. Str. G. und Art. 33 E. St. G. B.

I. „Grenzen der Verteidigung" und Proportionalität.

„Wer den Angreifer oder Eindringling tötet oder verletzt... ist straflos, sofern er hiebei die Grenzen der Verteidigung nicht schuldhaft überschritten hat" ist der Standpunkt des thurg. Rechts; „den Umständen angemessene Verteidigung" fordert das schweizerische Strafgesetz, was nach den Gesetzesmaterialien[36]) nicht anders verstanden werden kann als dahin, dass die Verteidigung proportional sein soll der Bedeutung des angegriffenen Rechtsgutes.

a) Da dem Angriff auf das Hausrecht die Verletzung oder gar Tötung in Verteidigung ausdrücklich als „nicht strafbar" gegenüber gestellt ist, braucht nicht weiter dargelegt zu werden, dass nach thurg. Recht es auf ein Wertverhältnis zwischen dem Rechtsgut, das durch den Angriff, und dem das durch die Verteidigung bedroht wird, prinzipiell nicht ankommt. Es wäre auch schwierig, bei den Angriffen auf Persönlichkeitsrechte beispielsweise, eine Abwägung und daraufhin Abwehr nach dem Gutswerte zu treffen. Und doch ist das Verteidigungsrecht ein proportional gebundenes. „Die Abwehr darf, wenn die Behauptung des Gutes es erfordert, welchen Charakter dieses immer hat, bis z. Vernichtung des Angreifers durchgeführt werden"[37]), aber die Intensität der erforderlichen Abwehr darf nicht grösser, massiver sein als diejenige des Angriffs. „Daher kann — sc. grundsätzlich, bzw. theoretisch — nötigenfalls der Angegriffene auch den Angreifer niederschiessen, der ihm ein ganz unbedeutendes Vermögensstück entwenden will"[38]), oder, um noch ein Beispiel dieser Totschlägermoral einer vergangenen Epoche zu zitieren: „Wer einen Brandstifter, der im Begriffe ist ein Haus in Brand zu stecken, mangels eines anderen Hinderungsmittels

---

[36]) Vgl. insbesondere die Voten Gretener in der 1. Exp.-Komm. zum VE. 1. Lesung, Bern 1896, S. 108 f. *Oetker*, VD., a. T. II, S. 323.

[37]) *Oetker*, VD., aaO. S. 283,

[38]) *Frank*, Anm. II *zu* § 53.

niederschiesst, ist straflos“ [39]). Diese Grenze der Verteidigung würde erlauben, den die Warnung hartnäckig missachtenden, vielleicht aus Not handelnden Obstdieb mit Berechnung niederzustrecken und die meisten komplottmässigen Bubenstreiche, die wegen der Verschlagenheit und dem Sensationshunger der „Täter“ regelmässig „Erfolg“ haben, mit einem Blutbad zu beenden. Diese Konsequenz wird nun interessanterweise doch nicht gezogen: Entweder behilft man sich mit einer Abspaltung der „Unfugabwehr“ von der eigentlichen Notwehr und lässt für erstere Proportionalität bezüglich des Gutwertes gelten, oder man wählt die Lösung Trüeb's [40]), wonach die Berufung auf Notwehr dann rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Z.G.B. wäre, wenn an der Ausübung des Notwehrrechts kein oder nur ein ganz minimes Interesse vorliegt, oder endlich konstruiert man mit Demling[41]) bei blossen Ungehörigkeiten, Unannehmlichkeiten usw. mangelnde Notlage, da die Notlage ein wirkliches Uebel und nicht nur Neckerei, Ungezogenheiten und Schabernack voraussetzt. Allen diesen Notbehelfen können aber Einwände entgegengehalten werden: Demling's mangelnde Notlage ist deshalb nicht folgerichtig, weil zum Angriff nach allgemeiner Lehre genügt, wenn irgend ein Rechtsgut gefährdet wird; wenn Trüeb [42]) die gesonderte Behandlung der Unfugabwehr nach den Grundsätzen der Proportionalität ablehnt mit dem Hinweis auf „unendliche Schwierigkeiten der Abgrenzung“ — es bleibe dahingestellt, ob nicht durch Aufnahme eines bestimmten minimalen Bedeutungsmerkmals des Angriffs in den Notwehrbestimmungen eine provisorische Grenze gezogen werden könnte! — ist der gleiche Einwand auch seiner Konstruktion entgegenzuhalten, denn wie soll festgelegt werden, wann im Falle behaupteter Notwehr „ein unverhältnismässig geringes Interesse“ vorgelegen habe? Schlussendlich ist hier wie dort die Moral Schranke der Rechtsausübung; hier wie dort steht es im Ermessen des Richters, „offenbaren“, d. h. erheblichen [43]) Rechtsmissbrauch, bzw. Unfug oder mangelnde Notlage, eventuell noch unter Berufung auf das gesunde Volksempfinden, anzunehmen oder nicht. Zum gleichen Ergebnis gelangt man mit der allgemeineren Ueberlegung: Wohin käme das menschliche Zusammenleben, wenn bei vorbehaltlosem Notwehrrecht die Berufung auf (und der „Beweis“ der) Erforderlich-

---

[39]) *Zeller*, Komm. N. 5 zu § 48 - Die Unzweckmäßigkeit solch absoluter Formulierungen erhellt gerade hier: Wie, wenn der Brandstifter sein Haus anzündet?

[40]) aaO. S. 41 und 63

[41]) *Demling*, zur Lehre von Notwehr und Notstand, Diss. Breslau 1916. S. 23 f.

[42]) aaO. S. 41

[43]) *Egger*, N. 28 zu Art. 2.

keit genügte um jede nicht anders abwendbare Bagatell-Chikane in Blut ertränkt würde? Die Gegner der Reprobationsfunktion der Notwehr werden kaum eine Erklärung dafür finden, wieso dann Volksgemeinschaft, Exekutive, Justiz und Wissenschaft noch peinlich darüber wachen, dass Rechtsgüterverletzung und subjektives Verschulden stets im Einklang seien mit der Grösse des dem Täter zuzufügenden Uebels!

Das thurgauische Recht hat nun die Grenzziehung zwischen Notwehr i. e. S. und Unfugabwehr durch die Voraussetzung des „gewalttätigen" Angriffs erleichtert. Diese „Gewalttätigkeit" ist wie schon oben ausgeführt, nicht ausschliesslich wörtlich, sondern für alle ernsthaften, gefährlichen, offenbar grobfahrlässig oder vorsätzlich schuldhaften Rechtsgütergefährdungen zu nehmen. Dagegen sind Balgereien unter Kindern, Ungezogenheiten, wohl regelmässig auch noch das z'Leidwerken Erwachsener keine gewalttätigen Angriffe, so unangenehm einen gesitteten Menschen ein solches Verhalten auch berühren mag.

b) Die Proportionalität des E. St. G. B.

Nach dem Wortlaut „... den Umständen angemessen..." kann es fraglich erscheinen, ob damit das Erfordernis der Proportionalität des Güterwertes statuiert sei. Das deutliche Wort Greteners in der ersten Experten Kommission [44]: „Wenn der Entwurf etwas Neues will (d. h. etwas besseres als die traditionelle Totschlägermoral), so soll dies nicht nur in den Motiven, sondern auch im Texte zum Ausdruck kommen", fand leider kein Gehör. Stooss' Grundzüge[45] freilich sind diesbezüglich eindeutig und bei der Beratung des damaligen Art. 17 war es jederman klar, dass mit dem Ausdruck hauptsächlich die Neuerung gegenüber der damals herrschenden Ansicht, die Verhältnismässigkeit von verteidigtem und verletztem Rechtsgut gemeint war. Ein „gewisser Autoritätenkultus" scheint Greteners Vorschlag auf einen objektiveren Masstab im Gesetzestext„ ... nicht ausser allem Verhältnis zu der Bedeutung des verteidigten Gutes..." nachteilig gewesen zu sein. Bezeichnend ist nun die Auffassung über den vom Richter zu handhabenden Masstab anlässlich der zweiten Lesung: David [46] führte aus: „Je nach den Umständen des Einzelfalles wird er (der Richter) entweder den Gesichtspunkt der Intensität des Angriffs oder denjenigen der Proportionalität der Güter oder denjenigen der Subsidiarität der Notwehr in

---

[44]) Prot. I. Exp. Komm, 1. Lesung, S. 110.

[45]) Bd. 1, S. 256. Die „höhere Gesittung" der neuen Fassung ist dann zweifelhaft, wenn sie dem Rechtsbrecher gegen den Rechtwahrer zugute kommen soll.

[46]) Prot. I. Exp. Komm. 2. Lesung S. 404.

den Vordergrund stellen". Es ist nicht zu verwundern, dass eine solche Erweiterung der richterlichen Kompetenz — denn die drei Masstäbe sind alles andere als kongruent — weit herum Befremden hervorrief[47]).

Aber auch, wenn die Praxis ausschliesslich den Masstab der Proportionalität der Güter herauslesen sollte, könnte man sich damit nicht zufrieden geben:

Die Güterabwägung von Fall zu Fall anhand der Kollisionstheorie im freien richterlichen Ermessen birgt ungeheure Gefahren, da der Richter doch nie „die leidenschaftslose Gerechtigkeit mit der Binde vor dem Auge" verkörpert. „Das Prinzip ist ein schöner Gedanke im Lehrbuch eines Strafrechts, es kann schlimmste Drachensaat werden in Entscheidungen der Gerichte"[48]). Und soll denn der Notwehrer immer erst nachträglich vom Richter erfahren, ob er sich in den Grenzen der zulässigen Abwehr gehalten hat oder nicht? Das ist kein in denkbar zweckmässigste Form gebrachter Rechtsbefehl mehr, der ein Verhalten im entscheidenden Moment richtig zu motivieren vermöchte!

Die Beschränkung des Notwehrrechts durch allgemeines Erfordernis der Proportionalität ist prophylaktisch dort ein Unding, wo es einen überlegten vorsätzlichen Angriff eines Zurechnungsfähigen abzuwehren gilt. Jeder gutgeschulte Gauner wird, wie Reichel[49]) treffend bemerkt, sich diesen Artikel gut merken, stellt sich doch — immer vorausgesetzt, dass Erforderlichkeit der Proportionalität gemeint ist — das schweiz. Strafgesetz „mit ausgebreiteten Armen schirmend auch vor den ausgewachsenen Verbrecher"; es würde z. B. eine Privilegierung von Dieben, die wenig auf einmal stehlen, bilden, weil ein wertmässig proportionales Gut zur Verletzung durch den Notwehrer in den seltensten Fällen zur Verfügung stehen wird.

Entscheidend scheint uns, ob das Erfordernis der Verhältnismässigkeit der Güter aus Art. 33 E.St.G.B. heraus gelesen werden muss. Besteht doch der in einem Strafgesetze „niedergelegte Willensinhalt für sich, objektiviert und losgelöst von den Ansichten der bei der Gesetzesberatung beteiligten Einzelnen"[50]), die Materialien sind bei der Gesetzesauslegung nur von untergeordneter Bedeutung. Wenn nun gar die Botschaft des Bundesrates zum SRE[51]) nicht nur von der Auslegung nach

---

[47]) Z.B. *Oetker*, VD. aaO. S. 323; *Liszt-Schmidt*, Lehrbuch, S. 193; *Baumgarten*, aaO., S. 117.

[48]) *Finger*, aaO., Enzykl. II, S. 484.

[49]) in S. J. Z. aaO., S. 166.

[50]) Pr. 4, Nr. 84.

[51]) Botschaft aaO. S. 11.

Gesichtspunkten „je nach den Umständen", sondern auch von der Güterabwägung im besonderen abgerückt zu sein scheint — anders ist die vorbehaltlose Gegenüberstellung „Notwehr und Notstand begründen die Straflosigkeit des Eingriffes in fremde Rechtsgüter, beim Notstand nur soweit dem Täter nicht zuzumuten war, sein eigenes Gut preiszugeben" nicht zu erklären — haben wir keine Veranlassung, das Abwehrrecht „in einer den Umständen angemessenen Weise" enger als im Sinne der Erforderlichkeit[52]) der Proportionalität bezüglich der Intensität des Angriffs zu begrenzen; bei erforderlicher Abwehr von Unfug freilich, sowie von Unzurechnungsfähigen ist dagegen nach den allgemeinen Erwägungen der strengere Massstab anzulegen. So wird erreicht, dass das „kirschenpflückende Kind", das bei den Beratungen eine so wirksame Rolle spielte, nicht, wie Reichel[53]) befürchtete, „mit dem Bade ausgeschüttet" wird.

II. Die Anzeigepflicht des § 28 thurg. St.G.

„Wer einen andern in der Notwehr verwundet oder getötet ... hat, ist bei Vermeidung von Geldbusse oder Gefängnisstrafe schuldig, den Vorfall ungesäumt der Obrigkeit anzuzeigen". Dieser Paragraph bildet insofern ein Kuriosum, als er im allgemeinen Teil des Strafgesetzes figuriert und trotzdem eine Strafdrohung — Geldbusse oder Gefängnis, event. nach § 47 beide verbunden — allerdings ohne Maximallimite enthält[54]). Es handelt sich demnach bloss um eine allgemeine Norm, deren spezielle Anwendung dem Polizeistrafrecht zu überlassen gewesen wäre. Generalanwalt Scherb konnte denn auch bei der Beratung des VE[55]) mitteilen, dass dieser Bestimmung „im Kanton Thurgau ... nie nachgelebt worden sei". Berücksichtigt man in der Tat nur die prozessuale Seite dieser strafgesetzlichen Zumutung, drängt sich deren Ablehnung auf: Nach moderner Anschauung übt der Notwehrer innerhalb der gezogenen Schranken sein gutes Recht aus; dass die in Not-

---

[52]) ebenso *Trüeb*, aaO. S. 78.

[53]) *Reichel* in S. J. Z. aaO. S. 165.

[54]) In der thurg. Strafprozeßordnung findet sich auch keine Bestimmung darüber, welcher Instanz die Ahndung der Uebertretung zufällt, während nach dem Ges. betr. die bezirksamtliche Voruntersuchung etc. vom 26. 11. 1867, § 36, die Straffälle wegen unterlassener Anzeige bei Aussetzung § 84 Str. G., Falschmünzerei § 195, Hochverrat § 238 und Landesverrat § 239 St. G., der bezirksgerichtlichen Kompetenz überwiesen sind.

[55]) Prot. I. Exp. Komm., 1. Lesung, *S.* 111 — ähnliche leges imperfectæ bestehen bezw. bestanden nach Oetker VD. aaO. *S.* 320 und 323 in Aargau, Luzern, Obwalden, Zürich, St. Gallen, Freiburg, Solothurn und Zug. — Nach Zeller ist der entsprechende § 50 zürch. St. G. B. eine „polizeiliche Vorschrift" und die Verletzung dieser Norm nach den Grundsätzen über das Verfahren bei Polizeiübertretungen zu beurteilen.

wehr erfolgte rechtmässige Tötung des Angreifers gleichwohl einer Strafuntersuchung ruft, wobei der Notwehrer als Angeschuldigter auftritt, ist dank der Offizialmaxime erklärlich; es widerspricht aber dem Akkusationsprinzip des Strafprozesses, wenn der künftige Angeschuldigte unter Strafe verpflichtet wird, das Strafverfahren gegen ihn selbst durch die Anzeige zu veranlassen. Wie der Beschuldigte als Partei nicht verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen und er entscheiden kann, ob er über die Beschuldigung Auskunft geben will[56]), so umso eher der „Täter" vor Einleitung des Verfahrens. Und doch liegt in der gleichen Norm noch ein wesentlich humaner Gedanke: Der vom Notwehrer an sich rechtmässig getötete Angreifer hat regelmässig an dem Angriff unbeteiligte Angehörige, die Anspruch auf beförderliche schickliche Beerdigung ihres Toten und eventuell auf öffentliche Fürsorge bei Verlust ihres Ernährers haben; die „Obrigkeit" — nicht in erster Linie der Untersuchungsrichter — muss gestützt auf rechtzeitige Kenntnisnahme unabsehbare Konsequenzen eines solchen Notwehraktes tunlichst vermeiden können. Dem Notwehrer ist als dem Hauptzeugen der Tat die Meldung am ehesten zuzumuten, da er als mutiger Kämpfer ums Recht die schweren Folgen heraufbeschworen hat und es an ihm liegen muss, dafür zu sorgen, dass nicht auch noch unschuldige Dritte, eben die Angehörigen des Angreifers, in adaequater Verursachung schwerer als naturnotwendig getroffen werden. Rasche ärztl. Pflege bei Notwehrverwundung muss ebenfalls im Interesse des Notwehrers selber liegen, damit nicht der anfänglich, bzw. grundsätzlich rechtmässige Akt durch nachträgliche Unterlassung der Vorkehren zur Verhütung von Verschlimmerungen der Verletzung zum Exzess werde.

Das Notwehrrecht nun als ethisch-naturrechtliches, vom Staate sanktioniertes Institut wird von der Anzeigepflicht als positiver Norm nicht berührt, d. h. der in rechter Notwehr den Angreifer tötende Abwehrer hat, auch wenn er schon bei Führung des entscheidenden Schlages sich mit der Absicht trug, den Erfolg der Obrigkeit nicht zu melden, die Tötung durch diese polizeinormwidrige Gesinnung nicht zu einer widerrechtlichen gemacht. Das Deliktische des Verhaltens besteht u. E. darin, dass durch eine solche nicht gemeldete Notwehrhandlung zwar rechtmässig ein Gefährdungszustand geschaffen, aber keine Vorkehren getroffen, bzw. den befugteren Behörden überbunden wurden, damit aus dem Gefährdungszustand nicht unbeabsichtigte Rechtsgüterverletzungen, Verschlimmerung der Körperverletzung des Angreifers, Pietätlosigkeit gegenüber dem freiliegenden Getöteten, bzw. seiner Familie, Strafuntersuchung gegen Unschuldige

---

[56]) *Stämpfli*, Bundesstrafrechtspflege, Bern 1935 Anm. 2 zu Art. 40.

u. s. w. entstanden. Der materielle Grundsatz, dass der, der einen Gefahrzustand geschaffen, für dessen Behebung, Paralysierung oder wenigstens Eindämmung verantwortlich ist, steht dem prozessrechtlichen gegenüber dass niemand verpflichtet sei, durch Anzeige bei einer gesetzlich zur Weiterleitung verpflichteten „Obrigkeit" eine Strafuntersuchung gegen sich zu provozieren. Gerade aus der ideellen Zweckfunktion der Notwehr im Dienste des Rechts glauben wir ableiten zu dürfen, dass die Selbstanzeige, wie sie § 28 thurg. Str. G. vorsieht, nicht so abwegig ist, wie manche Autoren [58]) für wahr haben wollen. Besteht für den Notwehrer eine Rechtspflicht zu prophylaktischem Handeln — sie lässt sich daraus ableiten, „dass derjenige, der eine erlaubte Handlung vornimmt, nach Gewohnheitsrecht die Pflicht übernimmt, diese Handlung so einzurichten, dass ein Dritter nicht geschädigt wird, und nichts zu unterlassen, was eine Schädigung des Dritten verhüten kann" [59]) — liegt darin noch keine Negierung oder Beschränkung seiner prozessualen Rechte. Auch das Bundesgericht [60]) hat wiederholt eine „ungeschriebene allgemeine Rechtsnorm" des Prinzips anerkannt, „dass derjenige, der einen Zustand schafft, aus welchem Dritten ein Schaden droht, zu entsprechenden Vorsichtsmassregeln und Schutzmassnahmen verpflichtet ist". Der nämliche Gedanke spiegelt auch im Notstandsrecht wieder, wo der Schuldausschliessungsgrund beschränkt ist auf die „nicht selbstverschuldete" Zwangslage, z. B. § 24 thurg. Str. G. [61])

Die freiwillige Anzeige ist dem Täter allerdings dann nicht mehr zuzumuten, wenn er nicht bloss auf den Erfolg seiner rechtsmässigen Verteidigungshandlung hinzuweisen hätte, sondern Exzess, Putativnotwehr oder eine ähnliche widerrechtliche Handlung zugeben müsste. Ein solcher Zeuge befände sich in der Zwangslage, durch seine Aussage sich selbst eines Verbrechens zu bezichtigen, was ihm — in Anerkennung des natürlichen Rechts jedes Straftäters auf Selbstverteidigung — regelmässig erspart wird [62]).

---

[58]) z. B. *Oetker*, VD., aaO. S. 297.

[59]) *Guhl*, aaO. I. S. 93

[60]) BGE., 57 II. 167 und die dort erwähnten früheren Entscheide.

[61]) ebenso *Baumgarten*, aaO. S. 72: „Hat jemand eine Gefahr für einen andern fahrläßigerweise verursacht, so ist er als verpflichtet anzusehen, diese Gefahr nach Kräften zu beseitigen".

[62]) R. Ger. Str. Bd. 68, S. 289 und insbesondere Bd. 63, S. 233 f. Unter Vorbehalt der selbstverschuldeten Zwangslage: Bl. f. zür. R. Bd. 31 Nr. 113.

III. Teil.

Notwehrähnliche und notwehrüberschreitende Handlungen.

§ 7. Nach der subjektiven Einstellung des Täters.

I. Der Abwehrwille des Notwehrers und Nothelfers.

Zu den meistumstrittenen Fragen des Notwehrrechts gehört die, inwieweit die Verteidigung vom Abwehrwillen getragen sein muss[1]). Die herrschende Lehre nimmt den Verteidigungswillen als erforderlich an[2]), womit fahrlässige Notwehr als unmöglich entfallen würde. Dagegen braucht selbstredend der Abwehrende nicht ausschliesslich zum Zwecke der Verteidigung zu handeln; das Motiv seiner Abwehr kann lauter sein oder selbst als verwerflich mit Verwerflichem konkurrieren. Weil die Rechtsgüterverletzung auf Seiten des Angreifers durch den Abwehrwillen des Angegriffenen nicht notwendig mitumfasst werden muss, können auch auf Unbesonnenheit beruhende Akte durch Notwehr gerechtfertigt werden.[3]) In der Regel ist allerdings der Notwehrakt Vorsatzhandlung, aber oft genug geht der eingetretene Erfolg über den Willen des Täters hinaus: Hauptsache ist, dass die gesetzten Kausalreihen einzeln oder in globo durch den Abwehrwillen beherrscht, motiviert sind.

Folgerichtig wäre es, den Unzurechnungsfähigen dank der fehlenden vernünftigen Motivierbarkeit die Fähigkeit zur Bildung eines genüglichen Abwehrwillens abzusprechen und damit Notwehr zu versagen. Doch litte diese Folgerung an der eklatanten, „handgreiflichen Ungerechtigkeit, die Unzurechnungsfähigen zwar hoch genug zu stellen, um von ihnen die Respektierung der Güter anderer zu verlangen, aber doch nicht hoch genug, um ihnen zuzubilligen, dass sie sich von andern nicht malträtieren zu

---

[1]) *Liszt*-Schm., Lehrbuch, S. 198, N. 14.

[2]) Literatur bei Lobe, Leipzg. Komm., Anm. 5 b zu § 53.

[3]) Aehnlich *Hafter*, Lehrbuch S. 142; inkonsequent Bl. f. zür. R., Bd. 29, Nr. 54, wo das Kass.-Ger. ausführt: „§ 48, Abs. 2 deutet mit aller Bestimmtheit darauf hin, daß auch die auf Unbesonnenheit beruhenden Straftaten m. Notwehr entschuldigt werden können." Das Ob. Ger. hatte angenommen, „fahrlässige Körperverletzung begangen in Notwehr sei begrifflich gar nicht denkbar".

lassen brauchen“ [4]). Auch wenn man die Notwehrbefugnis als wirkliches subjektives Recht ansieht, folgt daraus nicht zwingend, dass der Unzurechnungsfähige wegen der vermutungsweise — aber nicht notwendig — mangelnden Handlungsfähigkeit, nicht selbständig dieses „Recht“ geltend machen könne [5]). Notwehr steht um der Persönlichkeit willen zu. Es ist keine Fiktion, sondern dem Leben entnommene Tatsache, dass die erforderliche objektivbezogene, relative Urteilsfähigkeit, d. h. hier: Die Fähigkeit, einzusehen, dass das Verhalten des Angreifers eine Rechtsgüterverletzung bezweckt, bezw. bereits in Szene setzt, die man nicht zu dulden braucht, in allen nicht im hoffnungslos apathischen Endstadium geistiger Anomalie befindlichen Fällen zu vermuten ist.

Die Erforderlichkeit des Abwehrwillens wird abgeleitet aus den gesetzlichen Umschreibungen der Notwehr [6]). An sich könnte die Abwehr wie der Angriff nach rein objektiven Kriterien geprüft werden, indem „Verteidigung“ dann notwendig anzunehmen wäre, wenn eine Handlung „in Wirklichkeit den Erfolg hatte, einen rechtswidrigen Eingriff von sich oder einem andern abzuhalten“. Doch genügt diese Feststellung nach geltender Anschauung so wenig wie die, dass der Handelnde sich effektiv in Notwehrlage befunden habe. Wir verkennen freilich nicht, dass mit diesem subjektiven Moment als Voraussetzung der Rechtfertigung (für die Schuldausschliessung könnte man sich ohne weiteres damit abfinden!) die Entscheidung über Recht oder Unrecht der Notwehr den festen Boden verlassen hat. Auch befriedigt keineswegs, dass der Notwehrer A., der schon längst mit dem Angreifer „abzurechnen“ im Sinne hatte, mit seinem niederen Racheinstinkten entsprungenem Abwehrwillen seine dem Angriff einigermassen noch proportionale Abwehrhandlung gerechtfertigt sieht, der schüchterne B. aber, der den gleichen gefährlichen Angreifer bloss durch das Zielen mit der Waffe schrecken wollte und unvorsichtigerweise den ebenfalls „erforderlichen“ Schuss abfeuerte, soll grundsätzlich rechtswidrig gehandelt haben!

Kurze Erwähnung verdienen noch unsere Haushunde als spontane „Nothelfer“. Freilich kann man in diesen Fällen nicht von einem Nothilferecht sprechen, da der tierische Beistand dem Bedrohten nicht kraft Rechtens, sondern durch die Natur zuteil wird. Dass das auf den Angreifer gehetzte Tier nicht mehr Nothelfer, sondern dem Willen des Angegriffenen gefügiges Abwehrinstrument ist, liegt auf der Hand [7]).

[4]) *Baumgarten* aaO. S. 119 Anm.

[5]) „Im Strafrecht ist durchaus nicht nur der Wille des (zivilrechtlich) Geschäftsfähigen relevant.“ *Liszt-Schm.*, Lehrbuch, aaO. S. 199.

[6]) „Verteidigung, um ... abzuwenden“ des § 53 R. St. G. B; „berechtigt ... abzuwehren“ des Art. 33 E. St. G. B. und endlich, „wer, um ... zu schützen“ des § 26 thurg. St. G.

[7]) *Oetker*, VD., aaO., S. 291.

2. Der Notwehr-Praetext.

Wenn der Täter bei seinem verletzenden Tun sich bewusst ist, dass er sich nicht, oder nicht mehr [7a]), in Notwehrlage befindet, weil etwa die erste Abwehrhandlung zur vorläufigen Unschädlichmachung genügte, ist die Notwehrvoraussetzung der Unmittelbarkeit des Angriffs nicht mehr gegeben. Gleich wie der rechtswidrige Provozierende, der die Notwehrsituation zum vorneherein zu einer Schädigung des Angreifers benützen will, gegenüber dem herausgeforderten Angreifer nur in Ausnahmefällen ein Notwehrrecht hat [8]) und der von einem erkennbar ungefährlichen Unzurechnungsfähigen Angegriffene ebenfalls ausschliesslich dann, wenn kein anderes taugliches Mittel zur Vereitelung zur Verfügung steht [9]), muss den Gewalttätigkeiten unter dem Deckmantel der Notwehr ein Riegel vorgeschoben werden. Hier konkurrieren nicht mehr objektive Rechtswidrigkeit der einen mit Verschulden der andern Seite, sondern der Notwehr vorschützende, als Kämpfer fürs Recht sich aufspielende Täter ist ein zu seiner Raffiniertheit hin noch feiger Verbrecher, weil er zwar den rechtswidrigen Erfolg will und entsprechend kausal handelt, aber die Umstände planmässig so ordnet, dass das Ganze den Eindruck der Rechtmässigkeit erwecken und ihm womöglich noch Ehre eintragen soll! Dass solche Subjekte die volle Strafe treffen muss, bedarf keiner weiteren Begründung [10]).

In der älteren Literatur wurde der Notwehrprätext verschiedentlich unrichtig definiert und gegliedert. Insbesondere mussten sich Kollisionen mit dem Exzess ergeben, wenn man Ueberschreitung der Notwehrgrenzen annahm, sobald nicht alle Erfordernisse der rechten Notwehr vorhanden sind [11]). Selbst v. Buri [12]), der die theoretische Unterscheidung zwischen Prätext und Exzess gelten lassen muss, taxiert sie als praktisch absolut ungenügend und will für den Fall, wo der Handelnde „irrtümlicherweise" den Zustand der Notwehr annimmt, Exzess und Prätext die gleiche strafrechtliche Behandlung zukommen lassen. Die irrige Annahme einer Notwehrlage ist nach moder-

---

[7] a) sog. „nachzeitige Gewalt"; die Praxis des BG. und wie des R.-Ger. scheint anzunehmen, daß hier der Zustand der Aufregung infolge der vorausgegangenen rechtmäßigen Abwehr eine Reduktion der Strafe verlange.

[8]) Vgl. oben!

[9]) Vgl. § 4.

[10]) *v. Hippel* in Z. Str. RW., Jahrg. 1921, S. 417, kommt zum gleichen Ergebnis voller Anrechnung des Erfolges zum Verschulden über die Erwägung, daß hier der Verteidigungswille fehle.

[11]) Die Notwendigkeit einer scharfen Grenzziehung scheint zuerst *Grattenauer*, Ueber die Notwehr, Breslau 1806, eingesehen zu haben.

[12]) in Gerichtssaal Bd. XXVII, S. 119 f.

ner Anschauung weder Exzess noch Prätext, sondern Putativnotwehr [13]).

3. Der Notwehr-Exzess.

a) Allgemeines. Der gesetzliche Tatbestand des Notwehrexzesses [14]) enthält sowohl das objektive Moment, dass der Angegriffene in Notwehrlage die Möglichkeit hatte, sich eines andern, weniger gefährlichen Mittels mit Aussicht auf Erfolg zur Wehr zu setzen, bezw. eine weniger intensive oder kürzere Dauer der Anwendung desselben den erlaubten Erfolg gezeitigt hätte, als auch das subjektive, dass der Täter trotz seines Seelenzustandes einzusehen vermochte, dass seine Abwehrhandlung den Angreifer möglicherweise unverhältnismässig oder unnötigerweise schwer gefährde, also in höherem Masse, als es zur Abwehr des Angriffs erforderlich war [15]). Die wesentlichen Punkte in subjektiver Hinsicht sind demnach:

einerseits der Affektzustand, in den der (gewöhnlich nichtsahnende) Angegriffene zwangsläufig versetzt wird. Die Strafgesetze [16]) nennen regelmässig die sog. asthenischen Affekte „Bestürzung, Furcht oder Schrecken", die geeignet sind, die Besonnenheit zu stören und das Verschulden, insbesondere das vorsätzliche, obgleich auch auf die Formen der Fahrlässigkeit diese Affekte von Einfluss sein können, zu reduzieren. Jedoch ist eine Ausdehnung auf die positiven, aktiven oder sthenischen Gemütsbewegungen, wie Jähzorn, Hass, Liebe gegenüber dem Angegriffenen bei Nothilfe, nicht zulässig [17]):

anderseits das Bewusstsein der Ueberschreitung der Grenzen der Notwehr bei Vornahme der Abwehrhandlung. Um nämlich von einem Verschulden des Exzedenten noch sprechen zu können, darf seine psychische Verfassung durch den Angriff nicht derart in Mitleidenschaft gezogen sein, dass der Schuldausschliessungsgrund mangelnder Zurechnungsfähigkeit zutrifft. Sein Seelenzustand muss ihm noch ermöglichen, einzusehen und

---

[13]) Wenn der Täter ohne das Bewußtsein der mangelnden Notwehrlage handelt, ist das nicht, wie Heberlein, Exzess der Notwehr, Diss. Bern 1895, S. 56, zu beweisen versucht, eine weniger schuldhafte Art des Prätextes, sondern vermeintliche Notwehr.

[14]) Es ist freilich zu beachten, daß es ein besonderes Delikt „Exzess der Notwehr" nicht gibt, „vielmehr die Handlung als solche, begangen in Ueberschreitung der Notwehr unter Strafe gestellt wird." *Stooss*, in I. Exp. Komm. 1. Lesg., VE., S. 113.

[15]) In der Hauptsache gleich: Oesterr. O. G. XIII, No. 90.

[16]) R.-St. G. B., § 53, Abs. 3; ebenso zahlreiche Kantone; vgl. *Oetker*, VD., aaO. 322.

[17]) *Liszt*-Schm., Lehrbuch, S. 199.

abzuwägen, ob die in Aussicht genommene Abwehrhandlung erforderlich und der Intensität des Angriffs angemessen sei. Diese Festtellung mag in praxi schwierig sein, ist theoretisch aber notwendig, um den eventuellen Strafausschliessungsgrund des asthenischen Affektes bei Notwehrexzess gegen die Unzurechnungsfähigkeit als fehlende Schuldvoraussetzung und damit negatives Tatbestandsmerkmal abzugrenzen [18]).

b) Nach § 27 thurg. Str.G. hat die Ueberschreitung der Grenzen der Notwehr Strafmilderung in jedem Falle von Gesetzes wegen einzutreten; bei gestörter Besonnenheit des Exzedenten oder „weil nur zufällig eine grössere Beschädigung eintrat", kann der Richter von einer Bestrafung absehen. Wann schuldhafte Ueberschreitung der Notwehrgrenzen und wann „gestörte Besonnenheit" anzunehmen sei, sagt das Gesetz nicht. Die spärliche bezügliche Gerichtspraxis [19]) lehnt sich an die hier einhellige Theorie an und versteht — subjektiv — darunter einen durch Bestürzung, Furcht oder Schrecken infolge des Angriffs verursachten psychisch abnormen Zustand, wobei als Kriterium, ob Straffreiheit oder bloss Strafmilderung einzutreten habe, die Nichtvoraussehbarkeit, bezw. Voraussicht der exzessiven Folgen „nach der Beschaffenheit der verletzenden Handlung" gilt. Die Nichtvoraussehbarkeit infolge der durch den Angriff hervorgerufenen „gestörten Besonnenheit" vermag also die Missachtung der Kautel der Erforderlichkeit insoweit zu entschuldigen, als objektiv eine andere, schonendere Möglichkeit der Abwehr des „rechtswidrigen und gewalttätigen" Angriffs vorhanden gewesen wäre.

c) Das E. St. G. B. sieht in Art. 33/2 ebenfalls Strafmilderung in allen Fällen von Notwehrexzess nach freiem richterlichem Ermessen vor [20]) und Straflosigkeit bei „entschuldbarer

---

[18]) Wir nehmen damit nicht nur kulposen, sondern auch dolosen Exzess an; das Wissen um die erforderliche Verteidigung und der Wille zu ihrer Ueberschreitung ist etwas von der Benützung der Notwehr als Maske (beim Prätext) Verschiedenes. Reiche Literatur bei Heberlein aaO. S. 44/45.

[19]) Trotzdem § 27 thurg. Str. G. vorschreibt, daß der Richter darüber zu befinden habe, ob bei Ueberschreitung der Notwehr Straflosigkeit eintreten soll oder nicht, ist die Staatsanwaltschaft der Ansicht, daß ähnlich wie beim Tatbestand der Unterschlagung (§ 150) die Bewirkung der Straflosigkeit „auch auf dem Wege der einfachen Niederschlagung möglich sei"; Proc. c. *Mettler*, Staatsanwaltschaft an die Anklagekammer 25. I. 1930. So ist der Mangel an Illustrationen unseres Themas aus der thurg. Praxis erklärlich.

[20]) Art. 17 des VE. kannte die obligatorische Strafmilderung ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit des Affekts noch nicht und es hätten demnach die allgemeinen Milderungsgründe des damaligen Art. 37 herangezogen werden müssen. In der 1. Lesung wurde auf Antrag Correvon beschlossen, eine bezügliche Bestimmung aufzunehmen.

Aufregung oder Bestürzung über den Angriff". Auf der subjektiven Seite interessieren insbesondere die neu formulierten Voraussetzungen vollständiger Straflosigkeit:

aa) „Aufregung" oder „Bestürzung" können unbestritten der eigentliche Grund des quantitativen oder qualitativen Uebermasses der Abwehrhandlungen sein. Doch ergeben sich aus der Gleichstellung des asthenischen Affektes der Bestürzung mit dem sthenischen der Aufregung — wenigstens hat Stooss [21]) auf die Anfrage Greteners, „ob unter die Aufregung auch der Zorn falle", dies bejaht und damit sthenische Affekte einbezogen — verschiedene Unzuträglichkeiten. So gut moralische, selbst heftige Entrüstung über den Angriff im Interesse der Rechtswahrung unsere Billigung findet, so wenig Verständnis vermögen wir aufzubringen für einen gesetzlichen Entschuldigungsgrund hinsichtlich verpönter, durch keine parallel laufenden Rechtsnormen gestützter, in ihrem „Erfolg", nämlich der Entladung im Handeln, unberechenbaren Gemütsbewegungen. Der von Hassgefühlen z. B. sich hinreissen lassende Exzedent verdient nicht die gleiche Rücksicht, wie der einem „lähmenden" Affekt, Bestürzung, Furcht oder Schrecken Unterworfene, der in also gearteter, sozusagen neutraler Störung des Vorstellungsverlaufes und körperlicher Zustände mehr als notwendig reagiert.

bb) „Entschuldbarkeit" des Affekts. Der Affekt als durch das Gefühl hervorgerufene und auf dieses zurückwirkende Hemmung und Störung des Bewusstseinsverlaufes ist ein jeden normalen Menschen gelegentlich befallender Seelenzustand, über den er kaum je absolut Herr ist. Man kann daher auch „nicht eine die Straflosigkeit ausschliessende Verschuldung daraus herleiten, dass sich der Betroffene durch den Angriff in Bestürzung bringen liess" [22]). Zwar lässt sich gerade für die Entstehung der Aufregung oftmals subjektives Verschulden konstruieren, so wenn einer aus „grosser Feigheit", grober „Unüberlegtheit"[23]) in Erregung gerät, die er zum Beispiel bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vermeiden können; noch eklatanteres Verschulden darf angenommen werden bei ungezügeltem Wuchernlassen von Zorn- und Hassgefühlen, deren asoziale Tendenz bekannt und deren Nichteindämmung daher grundsätzlich imputabel ist. Die „Entschuldbarkeit" des Affekts bezieht sich

---

[21]) Prot. I. Exp. K. 2. Lesg. S. 405.

[22]) *Oetker*, VD. aaO. S. 324.

[23]) *Lobe*, Lpz. K. N. 7 zu § 53; der deutsche E. von 1919 weist nämlich in § 21, Abs. 3, die gleiche ungeeignete Fassung auf, wie S.R.E. in Art. 32, Abs. 2. Der deutsche E. 1930 dagegen ist wieder zur Schuldlosigkeitspräsumption des bisherigen § 53, Abs. 3 zurückgekehrt; vgl. *Liszt*-Schm., Lehrbuch, S. 199, Anm. 16.

eben nicht auf seinen Entstehungsgrund, die Disposition des Exzedenten, sondern auf seine psychologische Wirksamkeit insofern, als der Affektzustand das Urteil über das Mass zu trüben vermag. Dagegen braucht nicht untersucht zu werden, ob in concreto trotz des Affektzustandes der Abwehrende fähig war, die Massnahmen abzuschätzen [24]). Wenn er freilich trotz der Kenntnis der Ueberschreitung handelte, soll er sich nicht auf den Schuldausschliessungsgrund berufen können, weil das Gegenteil dessen feststeht, was der Schuldausschliessungsgrund mit seiner Vermutung entschuldigen wollte.

Man braucht sich heute daher über die vom E.St.G.B. geforderte Entschuldbarkeit des Affekts nicht mehr zu ereifern [25]), um herauszufinden, dass „entschuldbar" im Sinne von Art. 33, Abs. 2, „nur diejenige Aufregung und Bestürzung sei, welche durch den rechtswidrigen Angriff im Angegriffenen hervorgerufen" wurde [26]).

4. Die Putativ-Notwehr. Sie ist nach Lobe [27]) „der tatsächliche Irrtum über das Vorliegen einer Notwehrlage". Sie beruht auf irriger Beurteilung der tatsächlichen Situation, indem der Handelnde in guten Treuen einschätzt, als ob sämtliche Notwehrvoraussetzungen gegeben seien. Diese bona fides des Putativnotwehrers steht deshalb in scharfem Gegensatz zum Notwehrprätext. Subtiler wird die Argumentation, wenn aus einer Verkennung des Rechtsbegriffs der Notwehr eine Reduktion des verbrecherischen Verschuldens des Täters konstruiert werden soll. Ist der Irrtum über die Norm, den Rechtssatz — der Täter glaubt z. B. die „schneidigere Form des Verteidigungsrechtes" sei auch bei kindlichem Unfug ohne weiteres am Platze — als strafrechtlicher Rechtsirrtum auch hier, wie nach ständiger Praxis, irrelevant? [28]). Die neuere Wissenschaft ist in seltener Auffälligkeit einig in der Bekämpfung der Scheidung zwischen strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem Rechtsirrtum als „theoretisch nicht gerechtfertigt und praktisch unbrauchbar" [29]). Wenn der Täter infolge Rechtsirrtums den Rechtfertigungsgrund der Notwehr vermeint in Anspruch nehmen zu können, weil er z. B. glaubt, er brauche, auch einen dem Ertrinkenden zu Hilfe eilenden, sein an den Fluss grenzendes Grundeigentum nicht be-

---

[24]) R. Ger. Str. Bd. 56, S. 34.

[25]) Wie es etwa *Tobler*, aaO. S. 87 f. getan hat.

[26]) *Heberlein*, aa.O. S. 48.

[27]) *Lobe*, Leipz. K. N. 8 § 53.

[28]) R. G. Str. Bd. 66, S. 401, ebenso neuestens Bd. 68, S. 41.

[29]) *Rittler*, Lehrb. I. S. 145; *Liszt*-Schm. Lehrbuch, S. 266.

treten zu lassen, ist die in Verteidigung seines Vermögens zugefügte Verletzung nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig begangen.

Zwar bedeutet die irrige Annahme, die tatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr seien gegeben, keinen Irrtum über einen Tatumstand und man könnte folgern, weil der Täter nicht in Unkenntnis eines Tatumstandes handelt, ist ihm die Putativ-Notwehrhandlung zum Vorsatz zuzurechnen. Der strafrechtliche Vorsatz aber als Schuldform hat mit der ethisch schuldhaften Handlung notwendig das eine gemeinsam: Der Täter muss zum mindesten die Möglichkeit gehabt haben, sich der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst zu werden [30]). Ein Irrtum also, der unvermeidbar war, bezog er sich auf wesentliche Tatumstände oder auf die ethisch-rechtliche Norm, die Pflichtgemässheit, bezw. Rechtmässigkeit des Verhaltens, muss notwendig entschuldigen. Zu einer andern Lösung gelangen wir freilich beim vermeidbaren Irrtum: Der Täter kennt und will den objektiven Tatbestand, die Rechtsgüterverletzung beim vermeintlichen Angreifer und es ist ihm zum Verschulden anzurechnen, dass er trotz Zumutbarkeit die Prüfung der Voraussetzungen rechter Notwehr in concreto unterliess, er im Irrtum über die Rechtmässigkeit handelte. Dass fahrlässiges, nicht aber vorsätzliches Verschulden hier zum Vorwurf gemacht werden kann, ergibt sich eindeutig aus der Lehre vom Irrtum [30]a). Insofern ist die in Putativnotwehr zugefügte Verletzung regelmässig auch strafbar. Immerhin lässt sich auch beim vermeidbaren Irrtum über die Abwehrberechtigung eine das fahrlässige Verschulden ebenfalls reduzierende Einflussnahme von Bestürzung, Furcht usw. infolge des Irrtums für die exzedierende vermeintliche Notwehrhandlung — die objektiv rechtswidrig ist von allem Anfang an — konstruieren.

Für das thurg. Recht sind für die Beurteilung der Putativnotwehr die allgemeinen Grundsätze über den Irrtum anwendbar, welch letztere freilich in mehrfacher Hinsicht reformbedürftig sind. Nach § 24, lit. b, entfällt die Zurechnung, „wenn Jemand (kann nur der „Täter" gemeint sein) bei seiner Handlung einen Tatumstand, durch dessen Dasein die Strafbarkeit derselben bedingt ist, nicht kannte"; dass die „Rechtswidrigkeit" nicht ohne weiteres als solchen Tatumstand angesprochen wer-

---

[30]) *Jerschke*, die Putativ-Notwehr, Breslau 1911, S. 36.

[30]a) Richtig daher *Heberlein* aaO., S. 56; *Lobe*, Leipz. Komm., Anm. 8 zu § 53; *Liszt*-Schm., Lehrb. S. 264 f.

den darf, ergibt sich aus § 23, der in folgende 3 Fälle irrelevanten Irrtums zerlegt werden kann:

1. „Rechtsunwissenheit" als Irrtum über das Strafgesetz;

2. „Wahn der Erlaubtheit nach Gewissen oder Religion", womit die denkbaren Kollisionen zwischen ethisch-religiösen und staatlichen Normen zugunsten der letztern zum Vorneherein entschieden sein sollen;

3. „Beschaffenheit des Beweggrundes oder Endzweckes, welche der Tat zum Grunde lag", womit der Einfluss redlicher Motive bei Begehung der objektiv rechtswidrigen Handlung ausschliesslich für die Strafzumessung reserviert wird; doch dürfte diese allgemeine Bestimmung nicht anwendbar sein für jene speziellen gesetzlichen Tatbestände, die eine bestimmt gerichtete Absicht des Täters enthalten.

4. Dagegen muss der Irrtum des Putativnotwehrers für die Verschuldensform erheblich sein; wenn nämlich gemäss § 22 „durch jeden Zustand, in welchem beim Handelnden das Bewusstsein der Strafbarkeit... fehlte", die Zurechnung völlig ausgeschlossen wird, wäre es eine Ungeheuerlichkeit, demjenigen, der gutgläubig aber irrtümlicherweise eine Notwehrvoraussetzung, z. B. Rechtswidrigkeit des Angriffs, als gegeben annahm, den Erfolg der vermeintlichen Verteidigungshandlung als „beabsichtigt" nach § 31 zum Vorsatze zuzurechnen.

Das E.St.G.B. gliedert in Art. 19 den Irrtum über den Sachverhalt, je nachdem die irrige Vorstellung zur Fahrlässigkeit anzurechnen ist oder nicht und sieht in Art. 20 beim Irrtum über die Rechtswidrigkeit fakultative Strafmilderung vor[31]).

---

[31]) Art. 17 SRE. (Art. 19 E.St.G.B.) wurde als Art. 16 M.St.G. bereits 1927 Gesetz, das im Rahmen seines Geltungsbereiches zur Anwendung kam. Vgl. *Trüssel*, Entsch. M.Kass.G. 1926/35, No. 57. Der Rechtsirrtum ist in Art. 17 M.St.G. präziser gefasst und die Strafdrohung insofern gemildert, als fakultativ Straffreiheit eintreten kann.

§ 8. Objektive Rechtswidrigkeit von Putativnotwehr Exzess, Prätext und Verletzung Dritter.

1. Allgemeines. Wie allen Fällen rechter Notwehr die Voraussetzung rechtswidrigen Angriffes notwendig gemeinsam ist, so können die Handlungen in der Ueberschreitung, der dolosen Vorschützung und im Irrtum über das Gegebensein der Voraussetzungen des Notwehrrechts auf den gleichen Nenner „rechtswidrig" gebracht werden. In Bezug auf das subjektive Verschulden und den Strafrahmen mögen diese Tatbestände (im uneigentlichen, weitesten Sinne) noch so sehr divergieren, sie sind objektiv rechtswidrig, verletzen oder gefährden wenigstens Rechtsgüter „entgegen der durch die Rechtsordnung gewordenen Zuteilung", mag das Verschulden noch so minim sein und die Strafsanktion sogar entfallen. Putativnotwehr, Prätext, Exzess und Verletzung Dritter in Notwehr sind als ungerechtfertigte Eingriffe in die Rechtssphäre anderer geeignet rechter Notwehr zu rufen. Da aber die bezüglichen Folgerungen doch einigermassen — und sei es auch nur aus Gründen der Billigkeit — besondere Wege einschlagen, sei kurz Tatsache und Wirkung der objektiven Rechtswidrigkeit bei jeder einzelnen der genannten Unrechtsgruppen festgestellt.

2. Notwehrprätext und Putativnotwehr haben objektiv die mangelnde Notlage gemeinsam, d. h. es fehlt der unmittelbare, ernsthafte (gewalttätige), nur durch Abwehr zu vereitelnde rechtswidrige Angriff, sei es, dass der letztere zwar bestanden hat, aber bereits abgewehrt ist, sei es, dass eine qualifizierte Gefährdung überhaupt nie vorlag. Das Charakteristikum bildet ausschliesslich die Kenntnis, bezw. Nichtkenntnis dieses Umstandes: dolus beim Prätext, bona fides bei der Putativnotwehr. Da keine Notwehrlage vorhanden ist, ist auch Verteidigung in Notwehr begrifflich nicht möglich [31a]). Wenn der eine unter dem Deckmantel der Notwehr den bereits kampfunfähigen Angreifer erschiesst, ist das ein durch die frühere

---

[31a]) folglich auch kein Exzess und keine Befreiung von Strafe wegen Ueberschreitung im Affekt. Dagegen kann freilich der Irrtum des vermeintlichen Notwehrers infolge Bestürzung usw. verstärkt und Ueberlegung und Voraussicht nicht mehr zumutbar werden. Vgl. *Lobe*, Leipz. K., No. 8 zu § 53.

Notwehrlage nicht mehr gedeckter, also rechtswidriger Angriff auf das Leben; wenn der andere ein Angsthase ist, der die mündlichen oder schriftlichen Drohungen seines Rivalen mit der Pistole quittiert, hat er subjektiv vielleicht in guten Treuen sich bereits gefährdet gefühlt, objektiv aber lag nichts vor, was den Eingriff in die körperliche Integrität des Rivalen gerechtfertigt hätte. In beiden Fällen, bei Verletzungshandlungen unter dem Vorwand, wie bei denen in irriger Annahme rechter Notwehr steht dem Angegriffenen, mag er auch bei einem definitiv beendeten Angriff Angreifer gewesen sein, das Recht der Notwehr zu. Praktisch wird diese Abwehr gegen den bewusst unter Vorwand Angreifenden intensiver „erforderlich" sein, als gegen den bona-fide-Handelnden, bei dem regelmässig Aufklärung des Irrtums, in dem er befangen ist, genügen dürfte. Jedenfalls muss der dem Angegriffenen bekannte gute Glaube für die Proportionierung der Abwehr ebenso in Rechnung gestellt werden, wie die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes oder des Geisteskranken[32]).

3. Der Notwehrexzess setzt voraus, dass zwar eine eigentliche Notwehrlage gegeben, in der Verteidigung gegen den Angriff das Mass überschritten wurde. Irrelevant ist vorerst hier, ob die Ueberschreitung vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos erfolgte. Auch die durch Bestürzung, Furcht oder Schrecken herbeigeführte Ueberschreitung ist rechtswidrig, denn die „Rechtmässigkeit der Notwehrhandlung entfällt, soweit der Angegriffene ... über das Mass der erforderlichen Verteidigung hinausgeht", unabhängig vom Schuld- bezw. persönlichen Strafausschliessungsgrund des asthenischen Affekts[33]). Die objektive Rechtswidrigkeit des Exzesses sollte u. E. eine gesetzlich festgelegte Schranke des Rechtfertigungsgrundes der Notwehr voraussetzen, sodass den normalen Rechtsunterworfenen die Grenzziehung zum vorneherein ermöglicht wäre. Für das kommende Schweizer Strafrecht wird nun „der Richter freies Ermessen in der Beantwortung der Frage haben, ob Exzess oder Notwehr vorliege oder nicht"[34]) und Gretener[35]) führte unwidersprochen aus: „Es ist hervorzuheben, dass, wenn der Richter findet, der Handelnde habe den Angriff nicht in einer den Umständen angemessenen Weise abgewendet, nicht blosser Exzess vorliegt", da die Voraussetzungen der Notwehr fehlen. Daraus wäre zu entnehmen, dass das Missverhältnis der Intensität von Abwehr

---

[32]) vgl. den betreff. Paragraph hierüber.

[33]) R.St.G. Bd. 66, S. 288.

[34]) *Stoss*, I. Exp. K. 1. Lesg. S. 111.

[35]) *Gretener*, I. Exp. K. 2, Lesg. S. 403.

und Angriff den Richter zur Verneinung von Notwehr überhaupt, die an sich proportionale Abwehrintensität in concreto von einem bestimmten Erfolgspunkte an zur Taxierung als rechtswidrigen Exzess führt. Schon Oetker[36]) hat dieses Vorgehen, die Entscheidung über die Grenzen der Rechtswidrigkeit dem richterlichen Ermessen zu überlassen, als „einfach, aber unzweckmässig" festgehalten.

4. Verletzung unbeteiligter Dritter. Bekanntlich liegt der Hauptunterschied zwischen Notwehr und Notstand darin, dass die Notwehr die für die Verteidigung erforderliche Verletzung von Rechtsgütern des Angreifers, Notstand dagegen Eingriffe in die Rechtssphäre Dritter rechtfertigt, bezw. straffrei lässt[37]). Der Notwehrer darf, soweit erforderlich, den Angreifer und die von ihm zum Angriff gebrauchten Mittel, Personen, Tiere u. s. w. verletzen, nicht aber etwa in der Aufregung oder aus Versehen den unbeteiligten Dritten. Dieser ist zwar, immerhin nur in den Schranken, die Subsidiarität und Proportionalität dem in Notstand befindlichen auferlegen, verpflichtet, dessen Eingriffe in seine Rechtsgüter zu dulden[38]), nicht aber die des ausschliesslichen Notwehrers. Im praktischen Leben freilich gehen bei ernsten Fällen Notwehr und Notstand oft Hand in Hand: Um der durch den Angriff heraufbeschworenen und nicht anders abwendbaren Gefahr zu begegnen, müssen vom Angegriffenen, bezw. von den Nothelfern Sachwerte Dritter als Abwehrmittel verwendet und nötigenfalls geopfert werden. Doch hier interessiert vorerst der Dritte als Opfer einer reinen Notwehrhandlung!

a) A will in Notwehr den Angreifer B treffen und verletzt den danebenstehenden C: Es kommen die Grundsätze der aberratio ictus in Betracht; da nur die vorgenommene Verletzung des B als Notwehr gerechtfertigt gewesen wäre, ist die Handlung rechtswidrig und strafbar, soweit deren Vermeidung unter den gegebenen Umständen dem Abwehrer zuzumuten, m. a. W. die Tat zum fahrlässigen Verschulden zuzurechnen ist[39]).

---

[36]) *Oetker*, VD.

[37]) Irreführend ist daher die Konstruktion, daß Notwehr nur eine besondere Form, ein spezieller Fall *[Baumgarten* aaO. S. 97*]* des Notstandes sei.

[38]) Ueber die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Widerstand gegen Notstandshandlungen, insbesondere auch zur Frage, wie weit dieser Widerstand als Tun oder Unterlassen kausal sein kann für den Erfolg des rechtswidrigen Angriffs, vgl. Baumgarten, aaO. S. 89 ff.

[39]) *Trüeb*, aaO. S. 48 ff.

b) A schiesst auf den Angreifer B, obwohl er weiss, dass der unbeteiligte C hinter B steht: Wenn die Verteidigung zugleich eine Verletzung des Dritten bedingt, ist die Handlung bezüglich des letzteren Erfolges, Verletzung des C, objektiv rechtswidrig, sofern nicht auch die Voraussetzungen strafloser Notstandshandlung, Subsidiarität und Proportionalität, gegeben sind. Sind sie gegeben, ist das Verhalten des A „zugleich als Notwehrhandlung berechtigt, als Notstandshandlung straflos[40]).

c) A verteidigt sich gegen B, verletzt aber mit der Verteidigungshandlung eine zum Schutze des Publikums X aufgestellte Polizeivorschrift, ohne dass in concreto individuelle fremde Güter gefährdet wurden: In der Verletzung der Vorschrift liegt nicht etwa eine Verletzung von Rechtsgütern der Allgemeinheit. Die an sich bestehende Rechtswidrigkeit der Ueberschreitung wird kompensiert durch das überwiegende aktuelle Interesse des Notwehrers. Die Zulässigkeit der Uebertretung ist unbestritten, doch ist es kaum möglich, die Kompensation einwandfrei zu beweisen[41]).

Im Falle der aberratio ist Notwehr seitens des gefährdeten Dritten zweifellos gegeben, in den Fällen sub b nur bei nicht vorhandener Notstandslage, es sei denn, man sehe im Notstand überhaupt nur einen Strafausschliessungs- und keinen Rechtfertigungsgrund und lasse Notwehr des Dritten unbeschränkt zu. Der letzte Fall endlich ruft schon deswegen keiner Gegennotwehr[42]), weil wohl eine Norm, aber kein individueller Träger eines gefährdeten Rechtsgutes sich zur Verteidigung findet.

Man hat auch die Retorsion in Beziehung zur Notwehr bringen wollen und aus der fakultativen Straffreiheit einen Schuldausschliessungsgrund abzuleiten versucht[43]). Diese Injurienkompensation, das Abwägen der Ersttat gegen die Retorsionshandlung in zivilistischer Betrachtungsweise setzt zwei (allerdings der Privatstrafklage unterliegende) Delikte voraus;

---

[40]) *Finger*, Enz. II, S. 471 · Grenzfälle bei *Frank* Komm. Anm. II zu § 53.

[41]) *Oetker* VD. aaO. S.293 konstruiert eine „rechtlich anerkannte Notstandslage", als welche „die Notwehr im Hinblick auf solche Kontravention stets" wirke. — *Lobe*, Lpzg. K., Anm. 5 a zu § 53. — Betr. das ehestens in Frage kommende Waffenverbot vgl. den früher erwähnten R. Ger. Entscheid Str. Bd. 65, S. 162.

[42]) im Sinne der Abwehr von rechtswidrigen Begleiterscheinungen an sich oder ursprünglich rechter Notwehr. Daß Notwehr gegen Notwehr direkt, ausgeschlossen ist, bedarf keiner Erläuterung mehr.

[43]) *Levaillant* in S.J.Z. Bd. 12 S. 109.

der Retorquent hat das staatliche Exekutionsrecht vorweggenommen, was der Staat der momentanen Gemütserregung zugute hält und nicht zu ahnden braucht[44]).

[44]) Vergl. auch Pfenninger, in S.Z. f. Str. R., Bd. 31.

§ 9. Notwehrähnliche rechtmässige Interessenwahrung.

1. Die erlaubte Selbsthilfe nach § 26, Abs. 2, thurg. Str. G.

a) Allgemeines. An sich ist der rechtswidrige Angriff dann beendigt und nicht mehr geeignet, als Notwehrvoraussetzung zu dienen, wenn der Dieb den Gewahrsam gebrochen, der Räuber oder Erpresser mit Erfolg Gewalt oder Drohung angewendet hat und die Beute eindeutig den Besitzer gewechselt hat. Wir hatten freilich schon bei den Voraussetzungen rechter Notwehr Gelegenheit, darauf hinzuweisen, dass die Beendigung des Angriffs, auch wenn er ein Verbrechen impliziert, nicht notwendig mit der Vollendung eines deliktischen Tatbestandes zusammenfallen muss. Die deutsche Praxis nimmt an, der Angriff könne die juristische Vollendung des Delikts überdauern und zwar solange, als der Angriff nicht zum Abschluss gekommen und solange er noch als Gefährdung, nicht schon als endgültige Schädigung des Schutzobjektes erscheint[45]). In der Tat ist nun z. B. die Wiedererlangung gestohlenen Gutes ein Recht und der Angriff lässt sich als existent denken und empfinden über den besitzentziehenden, gewahrsambrechenden Akt hinaus, weil in der Erschwerung der Wiedererlangung des gestohlenen Gutes eine Fortdauer des Angriffs auf das Vermögen erblickt werden kann[46]). Dessenungeachtet ziehen wir eine besondere Untergliederung als zweckmässig vor, schon weil u. E. der eidgen. wie der kant. Gesetzgeber selber hierin nur ein notwehrähnliches Institut schaffen, bezw. sanktionieren wollte.

b. Die äusseren Tatbestände des § 26, Abs. 2.

aa) Vertreibung des Eindringlings. Zwar spricht das Gesetz allgemein „von demjenigen, der es unternimmt ... zu vertreiben", was insofern ein redaktioneller Fehler sein dürfte, als die Vertreibung durch ungerufene Nothelfer ihren Eingriff gerade in das Rechtsgut, welches geschützt werden soll, das Hausrecht, voraussetzen würde! Legitimiert ist also nur der Be-

---

[45]) *Lobe*, Leipz, K., N. 3, zu § 53, und die dort zitierten R.Ger. Entscheide.

[46]) Ebenso *Liszt-Schm.*, Lehrbuch S. 196.

sitzer der Wohnung oder des Grundstücks[47]). Im übrigen muss „auf der Stelle" nach Kenntnisnahme von der Rechtsgüterverletzung zur Vertreibung, Dejektion, geschritten werden, sollen die erforderlichen, den Eindringling eventuell verletzenden Vertreibungshandlungen analog der Notwehr gerechtfertigt sein. Die entsprechende eigentliche Notwehrhandlung wäre die Abwehr des Täters bei Beginn des Angriffs auf das Hausrecht, bevor er sich festzusetzen, einzuschliessen, zu verbarrikadieren u. s. w. vermochte.

bb) Wiedererlangung widerrechtlich entzogenen Besitzes an Mobilien.

Zum Tatbestand des Raubes wie des Diebstahls gehört nach gemeiner Lehre nicht nur das innere Moment des qualifizierten Vorsatzes, dass der Täter die Aneignungsabsicht bezüglich des entwendeten Gutes hatte, d. h. dass er den Willen hatte, „über die Sache wie ein Eigentümer zu verfügen, sie in sein wirtschaftliches Vermögen überzuführen"[48]), sondern auch das äussere der Aneignung, der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Da aber der Besitzesschutz und die Eigentumspräsumtion auch zugunsten des bösgläubigen Erwerbers wirken, wäre der durch den Angriff verletzte gutgläubige frühere Besitzer sachenrechtlich benachteiligt, sobald sich die Delinquenten mit der Beute davongemacht haben. Eine auf die alte Spurfolge bezw. Nacheile zurückgehende Erweiterung des Notwehrgedankens hat diese Unzukömmlichkeiten in zahlreichen Kantonen[49]) schon vor der parallelen Regelung im Z. G. B. beseitigt. Dem auf frischer Tat ertappten Angreifer des Mobiliarbesitzes sowohl, als dem auf der Flucht befindlichen darf mit der erforderlichen Gewalt das widerrechtlich Entzogene entrissen werden. Bemerkenswert ist bezüglich der Passivlegitimation, dass der Besitz nicht durch Delikt entzogen sein muss; „anderer Angreifer" ist z. B. auch der Vermieter, der in der Mietwohnung ohne amtliche Mitwirkung Faustpfänder holt; ferner in der Gleichsetzung zeitlich auseinanderliegenden Verhaltens des in flagranti gefassten und des fliehenden Täters, indem letzterer de facto angegriffener, allerdings bösgläubiger Besitzer ist, ersterer dagegen noch als Angreifer gelten kann.

---

[47]) Der Beizug von Gehilfen und der Gebrauch von mechanischen oder tierischen Abwehrmitteln wird davon nicht berührt. — Bern St.G.B. vom 30. I. 1866, § 53, erlaubt die Selbsthülfe dem rechtmäßigen Besitzer und ausdrücklich auch „denen, die ihm beistehen".

[48]) *Zeller*, N. 5 zu § 163.

[49]) Nach *Stooss*, Schw. Str. Gesetzbücher, S. 80 ff., neben Thurgau auch in Schaffhausen, Luzern, Obwalden, Bern, Glarus und Zürich.

Der Zweck dieser erlaubten Selbsthilfe ist Wiedererlangung des entzogenen Besitzes. Ob die angewendeten bezw. in Aussicht genommenen Mittel tatsächlich zum Erfolg führen, ist u. E. irrelevant, wenn nur deren Erforderlichkeit und Angemessenheit zu bejahen und die Absicht der Wiedererlangung gegeben ist. Auffallenderweise erwähnt das thurg. Gesetz die sog. Nacheile „um sich der Person des Angreifers zu versichern" nicht[50]). Doch dürfte diese Befugnis im dargelegten Selbsthilferecht umso eher enthalten sein, als der Verletzte damit sein primäres Coercitionsrecht den in solchen Fällen wohl stets objektiveren staatlichen Organen zu übergeben bereit ist.

c. Das Verhältnis zu Art. 926, Abs. 2, Z. G. B.

Diese analoge Bestimmung hat für das ganze Geltungsgebiet des Z. G. B. das Institut erlaubter Selbsthilfe zur Vertreibung von Eindringlingen in Grundstücke und zur Entreissung entzogener beweglicher Sachen verankert. Diese einheitliche zivilrechtliche Ermächtigung an den Besitzer ist insbesondere für jene Kantone von Bedeutung, die eine dem thurg. § 26, Abs. 2, Str. G. entsprechende Ausdehnung des Notwehrrechts[51]) nicht kannten, denn von Bundes wegen sind damit Massnahmen gerechtfertigt, die das kantonale Recht, auch wenn es wollte und die ausdehnende Interpretation des Erfordernisses der Unmittelbarkeit des Angriffs[52]) als Notwehrvoraussetzung ausdrücklich ablehnte, nicht mehr zu Delikten stempeln kann. Für die andern Kantone ist die durch Art. 926 Z. G. B. herbeigeführte Doppelspurigkeit insofern kein Nachteil, als sich die Bestimmungen, wenn auch nicht wörtlich, so doch inhaltlich in den wesentlichen Punkten decken. So wird jedenfalls vermieden, dass noch Zweifel bestehen über die Frage, ob die Selbsthilfe — etwa wie der Notstand dank der unglücklichen Fassung von Art. 52, Abs. 2, OR[53]) — nur Strafausschliessungsgrund und nicht vollwertiges negatives Tatbestandsmerkmal sei: Der Besitzer „darf" dem Täter die Sache unter Anwendung der durch die Umstände gebotenen Gewalt wieder abnehmen.

Abzugrenzen ist endlich noch die Gewaltanwendung in erlaubter Selbsthilfe von der verbotenen sog. nachzeitigen Gewalt, sei es, dass die Verletzung des Angreifers erst nach erfolgreicher

---

[50]) Die meisten vorgenannten kant. Kodifikationen kennen sie.

[51]) Daß das thurg. Str. G. nicht eigentliche „Notwehr" annimmt, wie *Oetker*, VD. aaO. S. 321 behauptet, ergibt sich klar aus § 27, wo sich „Selbsthülfe" nur auf Abs. 2 von § 26 beziehen kann.

[52]) vgl. § 3.

[53]) *Trüeb*, aaO. S. 61.

Abwehr erfolgte, sei es, dass bei der Selbsthilfe noch Gewalt angewendet wurde, als der Besitzer die Sachen bereits wieder erlangt hatte.

2. Abwehr von Tierangriffen als Sachwehr.

Im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs wurde gefolgert, Tierangriffe, die ohne sichtbares kausales Hinzukommen verantwortlichen menschlichen Verhaltens erfolgen, können nicht rechtswidrig sein, weil die Normen der Rechtsordnung sich nur an die Menschen richten und eine Verletzung jener Normen nur ihnen zum Vorwurf gemacht werden kann. Andere Autoren wieder nehmen an, der Tierangriff könne objektiv rechtswidrig sein, gleich wie der unzurechnungsfähige Mensch, dem sein Verhalten auch nicht zum Verschulden angerechnet wird, unbestrittenermassen widerrechtliche Angriffe auszulösen vermöge; folglich sei gegen den Tierangriff ebenfalls Notwehr zulässig [54]).

Die letztere Anschauung, die von dem Gedanken ausgeht, der Angegriffene brauche sich von einem „Tier gerade so wenig gefallen zu lassen, als von einem Menschen, ja noch viel weniger in Anbetracht der Minderwertigkeit des Tieres im Verhältnis zu dem Herrn der Schöpfung“ [55]), berücksichtigt wohl die dem Individualinteresse dienende Funktion der Notwehr, dem Schutz der eigenen Rechtssphäre, nicht aber die ideelle, die Reprobation des Unrechts. Die Bedenken werden auch nicht behoben durch das Argument, wenn die Abwehr des Angriffs eines Wahnsinnigen Notwehr sei, ändere sich die Situation juristisch kaum, wenn an Stelle des unzurechnungsfähigen Menschen ein Tier trete [56]). Die Rechtsordnung, und vor allem gerade das Strafrecht, zieht einen schärferen Trennungsstrich zwischen den Kategorien Mensch und Sache als zwischen zurechnungsfähigen und unfähigen Menschen. Auch der Wille des Unzurechnungsfähigen kann — wenigstens gelegentlich — durch Rechtsnormen motivierbar sein, das Tier aber nie [57]). Die andere Theorie, die Notwehr gegen Tierangriffe strikt ablehnt, muss in der Praxis allenthalben anstossen: Ge-

---

[54]) Literaturangaben zu der Kontroverse s. bei *Lobe*, Anm. 2 b zu § 53. *Trüeb*, aaO. S. 16 ff., ganz abwegig seine Folgerung S. 78 mit dem Ersetzen des üblichen „rechtswidrig“ durch „ohne Recht“ in Art. 32 SRE. sei der feine Unterschied erreicht, der Notwehr gegen Tierangriffe ohne weiteres möglich mache.

[55]) *Baumgarten*, aaO. S. 114.

[56]) *Trüeb* aaO. S. 18.

[57]) Handlungen von Geisteskranken lassen, da letztere auch Gemeinschaftsglieder sind, „eine Wertung am Maßstabe der Gemeinschaftsnormen zu; bei Tier-„Handlungen“ ist das nicht der Fall“. Liszt-Schm. Lehrbuch, S. 195 Anm. 5.

niesst das angreifende Tier ein Verletzungsprivilegium, während der angreifende Mensch der Notwehr voll ausgesetzt ist? Oder, noch krasser, ist das Nothilferecht gegenüber von bissigen Hunden angefallenen fremden Kindern zu versagen?[58]) Um bei der Kritik dieser Anschauung ganz richtig zu gehen, müssen hier vorerst zwei Fälle von menschlichem Verschulden zuzuschreibenden Tierangriffen ausscheiden;

aa) Das vom Angegriffenen gereizte Tier. Wenn der Mensch das Tier reizt in der Absicht, es dann in „Notwehr" ungeschoren zu beseitigen, liegt offensichtlich Prätext vor und die „Notwehrlage" ist als Mittel zum Zweck gewollt oder doch in Kauf genommen. Manchmal freilich denkt der das Tier reizende Mensch nichts dabei, ja er ist dem mutwillig veranlassten Angriff nicht einmal gewachsen[59]). Gleichwohl ist der Angriff vom Angegriffenen verschuldet und eine solche selbst verschuldete Notlage berechtigt billigerweise nur subsidiär zur Abwehr[60]).

bb) Das von Dritten auf den Angegriffenen gereizte Tier. Der Jäger, der seinen Hund ins Nachbarrevier jagt und dort auf das ausgewechselte Wild einen „Angriff" ausführen lässt, handelt widerrechtlich und führt, so wird konstruiert[61]), den Angriff selber aus; in Analogie zur mittelbaren Täterschaft nimmt man an, das dressierte Tier handle im Auftrag, unter Befehl, geleitet vom Willen des Halters, bezw. des Hetzenden[62]). Als Angriffsmittel des verantwortlichen menschlichen Angreifers ist es der Notwehr ausgesetzt, ob es ihm zu Eigentum gehöre oder bloss ad hoc für den Angriff verwendet wurde[63]). Erst wenn das Tier aus eigener Initiative zu Rechtsgüterverletzungen sich anschickt, die vom Willen (als Befehl oder Erlaubnis) des Verantwortlichen nicht mehr getragen sind, kommen die Grundsätze der Abwehr von Tierangriffen im eigentlichen, engeren Sinne zur Anwendung[64]).

---

[58]) *Oetker* VD., aaO., S. 264.

[59]) Man denke an den Städter, der beim Spaziergang über Land den weidenden Stier neckt!

[60]) *Trüeb* aaO. S. 44.

[61]) *Hafter*, Lehrbuch, S. 137.

[62]) Daher nahm das Kass. Ger. Zürich, Bl. f. zür. R., Bd. 33, N. 17, S. 57 folgende, ein in Notwehr begründetes Recht zum Abschuß des Hundes durch den Nachbarpächter an.

[63]) *Lobe*, Leipz. K. Anm. 5a zu § 53;
Liszt-Schm. Lehrb. S. 197.

[64]) Der Komm. d. RG. Räte, N. 3 zu § 228 DBGB., nimmt beim Angriff des gehetzten Tieres kumulativ Notwehr und Sachwehrlage an; letztere, weil das Tier „auch selbst tätig (durch sich) gefahrdrohend" sei.

Ist Notwehr gegen Tierangriffe wegen mangelnder Rechtswidrigkeit der letztern abzulehnen, muss eine Formel gefunden werden, die die Ungeheuerlichkeit der Folgerung, dass gegen menschliche Angriffe jede erforderliche Verteidigung, gegen Tiere dagegen nur unter den strengeren Voraussetzungen des Notstandes hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter, ihrer Proportionalität und der Nothilfe, erlaubt sei, vermeidet. Die Zwangslage, wenn Notwehr nicht gegeben sei, komme ausschliesslich Notstand in Frage[65]), muss zum Vorneherein einer befriedigenden Lösung unzuträglich sein, sofern es nicht ein drittes, notwehrähnliches aber handlicheres Instrument gibt denn Notstand i. e. S.

Dass gegen Tierangriffe nach thurg. Recht Notwehr nicht zulässig ist, erhellt zur Genüge aus der Fassung des § 26 Str. G. „Angreifer oder Eindringling", „widerrechtlich Eingedrungener", sowie besonders die beispielsweise Aufzählung „Räuber, Diebe oder andere Angreifer" können sich, soll nicht der Sprache Zwang angetan werden, nur auf Menschen beziehen[66]). Anderseits entfällt die strafrechtliche Zurechnung wegen Notstandes gemäss § 24, lit. c. nur unter den engen Voraussetzungen, dass der Täter sich selbst oder seine nächsten Familienangehörigen „aus einer augenblicklichen, nicht anders abzuwehrenden Gefahr für Leib und Leben" rette. Muss man Tierangriffen auf das Vermögen, z. B. auf kleinere Luxus-, Nutz- oder Haustiere, oder auf abwehrunfähige fremde Personen tatenlos zusehen?

Der Rechtfertigungsgrund des Güterabwägungsprinzips führt hier allein zu einem brauchbaren Ergebnis: „Nicht rechtswidrig ist die Verletzung eines geringwertigen Rechtsgutes, wenn es zum Schutze eines höherwertigen geschieht"[67]), wobei allerdings nicht das objektive Wertverhältnis der Rechtsgüter allein den Ausschlag geben darf, vielmehr auch - nach der Zwecktheorie - subjektive Momente aus der Tendenz des ganzen Verhaltens Einschränkungen begründen können[68]). Einfach auf die Grösse des Gutes abzustellen geht demnach ebensowenig an, wie ausschliesslich auf die für den Fall der Verletzung angedrohte Strafe[69]). Die Frage, ob eine den äussern Tatbestand eines Verbrechens erfüllende Handlung, „die das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen" rechtmässig oder widerrechtlich ist, „ist

---

[65]) *Oetker*, VD., aaO. S. 264; *Liszt-Schm.* Lehrb. S. 195.

[66]) Nur ihre Tätigkeit wird unter rechtlichen Gesichtspunkten gewertet. *Liszt*, S. 195, Anm. 5.

[67]) *Finger*, in Enzykl. II, S. 470.

[68]) *Liszt-Schm.*, Lehrbuch, S. 207

[69]) *Baumgarten*, aaO. S. 65.

an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden"[70]). Im geltenden schweiz. Recht findet sich dieser Gedanke nirgends expressis verbis, liegt aber dem modernen, umfassenden Notstandsbegriff zugrunde, wie er aus S.R.E. Art. 33 als Art. 26, Zif. 1, Abs. 1 vom Mil. St. G. übernommen wurde, in welchem die Entscheidung über die Rechtmässigkeit der Notstands-, bezw. Nothilfehandlung von der Nichtzumutbarkeit der Preisgabe des gefährdeten Gutes abhängt. Auch Art. 52, Abs. 2 O.R. lässt sich insofern an Hand des Güterabwägungsprinzips interpretieren, als er den billigen Ausgleich schaffen soll zwischen der Berechtigung der „Rettung des überwiegenden Interesses, insbesondere des höheren Interesses"[71]) und der Opferung des geringeren Interesses, wie anderseits der Richter bei besonders auffälligem Missverhältnis, z. B. bei Notstandshandlungen zugunsten lebengefährdeter Dritter, auf einen Ausgleich verzichten und die Schadenersatzpflicht verneinen kann[72]). Die Nichtzumutbarkeit der Preisgabe von Gütern, die von Tieren bedroht sind, leitet zum notwehrähnlichen Abwehrrecht über, wonach nicht nur jede Straflosigkeit selbstredend entfällt, sondern auch keine zivile Schadenshaftung eintritt: die Sachwehr[73]). In der Tat wird niemand bezweifeln, dass ich einen Hund, der mich oder einen andern anfällt, ebenso töten darf, wie ich z. B. in einem Museum den durch Zufall herbeigeführten Sturz eines hochstehenden Gegenstandes, der mich beschädigen könnte, durch einen Schlag abwenden darf[74]), ohne zivile oder poenale Risiken einzugehen. Bei der Abwehr von Tieren ist, weil es sich um einen Akt defensiver Selbsthilfe analog der Notwehr handelt, Nothilfe unter dem gleichen Rechtfertigungsgrund gestattet[75]).

---

[70]) R. Ger. Str. Bd. 61, S. 242

[71]) *Becker*, N. 8 zu Art. 52

[72]) Den gl. Gedanken hat das B. Ger. unlängst bezügl. der Rechtmässigkeit eines zur wirtschaftl. Vernichtung des Betroffenen führenden Boykotts ausgesprochen; Pr. Bd. 26, No. 23, S. 47 f.

[73]) *Becker*, N. 12, zu Art. 52; ebenso *Rittler*, Lehrb. S. 99.

[74]) *Finger*, Enzykl. II, S. 470; dies auch, wenn der Zoo-Wärter von einem kostbaren exotischen Tier angegriffen wird.

[75]) Mil. Str. G. Art. 26. Zif. 2 erwähnt die Straffreiheit der Hilfe im Notstand besonders, ebenfalls unter der Kautel der Nichtzumutbarkeit der Preisgabe des Gutes. DBGB § 228 anerkennt ausdrücklich die Rechtmässigkeit die Abwehr von Tieren als Sachwehr; vgl. Komm. d. R.G. Räte, N. 2 zu § 228.